

VLAAMSE JURISTENVERENIGING

XXXVe Rechtscongres

HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

Leuven, College "De Valk" 9 mei 1992

Faculteit Rechtsgeleerdheid

K.U.Leuven

PROGRAMMA

- 09.00 u. Ontvangst van de deelnemers. Afhalen van de documentatie. Koffie
- 09.30 u. Openingszitting
Verwelkoming der deelnemers door prof. R. Dillemans, rector van de K.U.Leuven
en prof. R. Verstegen, decaan van de Rechtsfaculteit K.U.Leuven
Inleiding door prof. H. Cousy (K.U.Leuven), voorzitter van het congres
- 10.15 u. Sectievergaderingen
- 12.15 u. Lunch in de Salons Georges
- 14.15 u. Vervolg van de sectievergaderingen
- 16.15 u. Academische zitting
Slotrapport "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel in het recht" door
prof. K. Rimanque (U.I.A. en K.U.Leuven)
Slotwoord door prof. dr. M. Storme, voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging
- 17.15 u. Receptie aangeboden door de B.B.L.
- 19.00 u. Banket in de Faculty Club (Groot Begijnhof)

De organisatie van het congres berust bij prof. H. Cousy van de K.U.Leuven
Congresvoorzitter: prof. H. Cousy
Congressecretaris: prof. M.E. Storme
Congressecretariaat: A. Robijns
(College "De Valk", Tiensestraat 41, 3000 Leuven, tel. 016/28.52.14).

SECTIEVERGADERINGEN

Sectie I. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET CONTRACTENRECHT

Preadviseur : F. De Ly (R.U.Utrecht)
Respondent : M. Bosmans (V.U.B.)
Voorzitter : H. Bocken (R.U.G.)

Sectie II. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET VENNOOTSCHAPS- EN EFFECTENRECHT

Preadviseur : H. Laga (K.U.Leuven)
Respondent : H. Swennen (U.I.A.)
Voorzitter : P. De Vroede (V.U.B.)

Sectie III. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET STRAFRECHT

Preadviseur : C. Van den Wyngaert (U.I.A.)
Respondent : J. Scheers
Voorzitter : J. D'Haenens (R.U.G. - raadsheer in het Hof van Cassatie)

Sectie IV. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET BELGISCHE INTERNATIONAAL HUWELIJKS-, ECHTSCHIEDINGS- EN AFTAMMINGSRECHT

Preadviseur : A. Heyvaert (U.I.A.)
Respondent : M.Cl. Foblets (K.U.Leuven en U.I.A.)
Voorzitter : G. Rommel (vrederechter te Sint-Gillis)

Sectie V. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET FISCAAL RECHT

Preadviseur : S. Van Crombrugge (U.G.)
Respondent : F. Vanistendael (K.U.Leuven)
Voorzitter : E. Krings (V.U.B. - em. procureur-generaal in het Hof van Cassatie)

Sectie VI. GELIJKE BEHANDELING IN DE SOCIALE ZEKERHEID

Preadviseur : J. Van Langendonck (K.U.Leuven)
Respondent : G. Van Limberghen (V.U.B.)
Voorzitter : H. Deleeck (U.I.A. en K.U.Leuven)

Sectie VII. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET BESTUURSRECHT

Preadviseur : A. Beirlaen (V.U.B. - staatsraad)
Respondent : J. Gijssels (U.F.S.I.A. - assessor Raad van State)
Voorzitter : L.P. Suetens (buitengewoon hoogleraar K.U.Leuven - rechter in het Arbitragehof)

Sectie VIII. ONGELIJKHEID EN DISCRIMINATIE IN DE VERHOUDINGEN TUSSEN LEVERANCIERS EN AFNEMERS

Preadviseurs : R. Van den Bergh (U.I.A. en K.U.Brussel)
Respondent : I. Verougstraete (raadsheer in het Hof van Cassatie)
Voorzitter : J. Bourgeois (Europacollege Brugge)

HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET CONTRACTENRECHT

§ 1. INLEIDING

1. Het gelijkheidsbeginsel heeft zich vooral vanaf de negentiende eeuw binnen het publiekrecht ontwikkeld. In democratische staatsvormen wordt het immers als belangrijk ervaren dat burgers die zich in soortgelijke omstandigheden bevinden, ook door de overheid gelijk worden behandeld en dat de overheid zelf geen ongeoorloofde differentiaties invoert. Gelijkheid en discriminatieverbod gaan dan ook hand in hand.

Gelijkheid en non-discriminatie hebben het privaatrecht en vooral het vermogensrecht ¹ veel minder gekleurd. Het liberale gedachtengoed van de negentiende eeuw ging immers uit van een abstracte gelijkheid van burgers, waardoor de behoefte ontbrak om in het vermogensrecht correcties in te bouwen om feitelijke ongelijkheden recht te trekken. Enkel in die sectoren waarin collectieve regelingen moesten worden getroffen, zoals in het faillissementsrecht en het vennootschappenrecht, kon men wel verschijningsvormen van het gelijkheidsbeginsel aantreffen ².

2. Dit preadvies heeft de moeilijke taak de vage contouren van de rol van het gelijkheidsbeginsel in een van de koninginnestukken van het privaatrecht, het contractenrecht te schetsen. De moeilijkheden liggen hierbij op verschillende vlakken. Allereerst betreft het — zoals reeds is aangegeven — een voor België in belangrijke mate braakliggend gebied ³. Vervolgens bestaan er belangrijke omschrijvingsproblemen. Iedere analyse zal dan ook duidelijk de betekenis van de begrippen gelijkheid en gelijke behandeling moeten bepalen. Ten slotte betreft het een gevoelige materie. Het gelijkheidsbeginsel heeft door de geschiedenis van de westerse filosofie heen een belangrijke rol gespeeld ⁴ en heeft belangrijke (rechts)politieke implicaties. Een waardenvrije stellingname is dan ook onmogelijk. Dit preadvies beoogt echter het aandachtsveld vanuit een positiefrechtelijk uitgangspunt te verduidelijken en in kaart te brengen en mogelijke ontwikkelingen aan te reiken. Op deze wijze kan een

bescheiden bijdrage tot de verdere rechtsontwikkeling worden geleverd.

Dit preadvies bestaat uit vier hoofddelen. Eerst worden het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van non-discriminatie omschreven (§ 2) en vervolgens worden beide onderzocht naar aanleiding van het ontstaan, de uitvoering en beëindiging van overeenkomsten (§§ 3 en 4). Tot slot wordt de plaats van het gelijkheidsbeginsel in het Belgisch contractenrecht geanalyseerd (§ 5).

§ 2. TERMINOLOGIE

3. Gelijkheid en non-discriminatie zijn meerduidige begrippen, die dan ook tot spraakverwarring aanleiding kunnen geven. Om dit te vermijden lijkt enige verduidelijking wenselijk.

Absolute gelijkheid bestaat wanneer twee of meer situaties bij vergelijking geen verschillen opleveren (*identiteit* van situaties). Worden deze gelijke situaties dan verschillend behandeld, dan kan men spreken van *formele* discriminatie.

Veelal is er toch wel enig verschil tussen situaties. De vraag rijst dan of ze voldoende vergelijkbaar zijn om ze op dezelfde wijze te benaderen dan wel of er voldoende verschillen zijn om ze verschillend op te lossen. In dit opzicht zou men kunnen spreken van het al dan niet aanwezig zijn van *relatieve* gelijkheid (*vergelijkbaarheid* van situaties). Wordt niettegenstaande vergelijkbaarheid toch onderscheidend opgetreden, dan treedt *materiële* discriminatie op. Een zelfde fenomeen treedt op wanneer niet-vergelijkbare situaties op een zelfde manier worden opgelost ⁵.

In de voornoemde omschrijvingen worden gelijkheid en discriminatie op elkaar betrokken. De eis van gelijkheid brengt immers met zich dat bij de toepassing van rechtsregels gelijke en vergelijkbare situaties gelijk moeten worden behandeld. Uit de gelijkheidseis vloeit dan het *verbod* voort ongeoorloofde differentiaties (discriminaties) te scheppen. Man kan zich echter afvragen of de gelijkheidsgedachte niet tevens inhoudt dat positieve acties moeten worden ondernomen teneinde gelijkheid te creëren (affirmative action) ⁶.

Uit het voorgaande volgt dat discriminatieverbod een gevolg is verbonden aan de gelijkheidsgedachte maar er niet

¹ Het personen- en familierecht en het familiaal vermogensrecht kenden daarentegen wel wettelijke vormen van ongelijke behandeling die op rechtspolitieke overwegingen steunden. Men denke in dit verband aan de positie van de gehuwde vrouw en van onwettige kinderen.

² Zie PARDES, M., «Les notions d'égalité et de discrimination en droit commercial belge», *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Deel XIV, Parijs, Dalloz, 1965, 251-273.

³ Het probleem werd enkel in 1961 behandeld door Renauld in zijn verslag voor de *Association Henri Capitant* (RENAULD, J., «Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil belge», *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Deel XIV, Parijs, Dalloz, 1965, 134-152 in het bijzonder 142-145).

⁴ Zie vooral de reeds vermelde liberale filosofie alsook de benadering van het gelijkheidsbeginsel vanuit de marxistische ideologie. Meer recent kunnen parallellen worden getrokken tussen gelijkheidsopvattingen en bijvoorbeeld de *critical legal studies* - beweging in de Verenigde Staten of de *law and economics*-benadering.

⁵ RENAULD, J., *l.c.*, 134.

⁶ Hiermee wordt veelal bedoeld dat een voorkeursbehandeling wordt gegeven aan groepen die het voorwerp van discriminatie vormen. Het begrip *positieve discriminatie* is in dezen minder gelukkig aangezien er dikwijls geen gelijkheid of vergelijkbaarheid van situatie bestaat met niet-gediscrimineerden (zie ook BOSSUYT, M., «Het gelijkheidsbeginsel in de internationale pacts inzake mensenrechten», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, ALEN, A. en LEMMENS, P. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 44). De rechtspolitieke vraag is veeleer of de realisatie van gelijkheid hier niet zal gaan strijden met andere waarden.

In verband met positieve actie, zie onder meer «Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangbehandeling voor vrouwen», *Tegenspraak*, Cahier nr. 8, 1990, 119 p.

mee samenvalt. De gelijkheidsgedachte kan immers nog andere gevolgen hebben zoals bijvoorbeeld de plicht om positieve acties te ontwikkelen.

4. Men kan dit nu naar het privaatrecht toe vertalen. Het zal nauwelijks verwondering wekken dat dit in ons land door Van Gerven werd gedaan. Parallel met VerLoren van Themaat in Nederland ⁷, stelde Van Gerven dat de trias «*liberté, égalité et fraternité*» de grondslagen van het economisch recht vormde. Binnen samenlevingen waarin individuele vrijheid als een belangrijke waarde wordt gezien, moet men niet alleen uitgaan van de eigen vrijheid maar ook rekening houden met de vrijheid van anderen. Individuele vrijheid is immers niet absoluut doch wordt geconditioneerd door de vrijheid van anderen. Gelijkheid treedt in dit perspectief corrigerend op ten opzichte van vrijheid. De gelijkheidsgedachte zou dan de vrijheid van anderen moeten waarborgen. De overheid heeft dienaangaande een belangrijke taak. Zij mag zelf niet discrimineren en moet vrijheid voor allen mogelijk maken door misbruik van economische macht te bestrijden (mededingingsrecht) en belangen van zwakkere partijen zoals consumenten en spaarders te beschermen. De gelijkheidsgedachte wordt dan ook volgens Van Gerven door twee ideeën gedragen. Enerzijds beoogt zij de vrijheid van de een te waarborgen tegen misbruiken door de ander (micro-vlak); anderzijds kan dit slechts gebeuren als te grote machtsconcentraties worden bestreden en een reële mededinging blijft bestaan (macro-niveau). De jurisprudentie heeft in dit proces eveneens een bijdrage geleverd door middel van leerstukken zoals openbare orde, goede trouw, rechtsmisbruik of machtsmisbruik. Ten slotte zou de solidariteitsgedachte de gelijkheidsidee op het collectief vlak vertolken. Hierbij zou de overheid coördinerend moeten optreden om evenwichten tussen de verschillende groepen binnen de samenleving te handhaven ⁸.

De analyse van Van Gerven blijft bijzonder waardevol. Alleen doet het wat gekunsteld aan de inhoud van de gelijkheidsgedachte al te zeer te bepalen door afgrenzing ten opzichte van de solidariteitsgedachte, wat overigens ook door Van Gerven wordt erkend.

De gelijkheidsgedachte lijkt dan ook twee facetten te vertonen. Enerzijds houdt zij een verbod in van discriminatie ten aanzien van gelijke en soortgelijke gevallen (*formele* gelijkheid); anderzijds een gebod om substantiële gelijkheid te bewerkstelligen (*materiële* gelijkheid) ⁹. Hierna zal dan ook

verder worden onderzocht in welke mate deze beide aspecten in het geldende recht kunnen worden teruggevonden.

§ 3. DE FORMELE GELIJKHEID IN HET CONTRACTENRECHT

5. Formele gelijkheid en haar consequentie, discriminatie, zijn in het Belgische contractenrecht weinig onderzocht ¹⁰. Veelal zijn beide niet als probleemgebieden geïdentificeerd. Dit wordt vooral verklaard door de beginselen van *contractsvrijheid* en *pacta sunt servanda*; krachtens deze beginselen kan men vrij beslissen met wie men contracteert en zijn contractuele afspraken verbindend. Dientengevolge is men niet gehouden potentiële medecontractanten op voet van gelijkheid te behandelen en kan men, naar willekeur, weigeren te contracteren. Volgens een dergelijke opvatting is *contractswijgering* dan ook geoorloofd. Evenzo zou men niet verplicht zijn ten aanzien van gelijke of soortgelijke contracten op dezelfde condities te contracteren. De ene medecontractant kan dan ook gunstiger worden behandeld dan de andere. Ook bij de uitvoering en de beëindiging van de overeenkomst, zou men niet steeds een zelfde lijn moeten volgen. Naar gelang van het geval, kan man dan ook naar believen optreden.

6. De vraag rijst dan of het contractenrecht, naast de zojuist genoemde vrijheidsgedachte, tevens mechanismen bevat om formele gelijkheid en non-discriminatie door te zetten en welke verhouding alsdan tussen vrijheid en formele gelijkheid bestaat.

Deze vragen zijn tot op heden nauwelijks gesteld en in de jurisprudentie kent men — buiten de sfeer van contractswijgering in commerciële relaties ¹¹ — nauwelijks toepassingsgevallen van de voornoemde problemen. Het contractenrecht zou echter ook met de voornoemde vragen geconfronteerd kunnen worden ingevolge grondwettelijke bepalingen zoals de artikelen 6 en *6bis* Gw. ¹² alsook verdragenrechtelijke bepalingen zoals

— artikel 14 E.V.R.M. ¹³;

— de artikelen 2 en 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966 ¹⁴;

¹⁰ De belangrijkste uitzondering vormt het verzamelwerk *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen* (RIMANQUE, K. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1982, 461 pp), waarin elementen voor een analyse van de toepassing van het formele gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod kunnen worden gevonden. De hierna volgende beschrijving dankt dan ook veel aan het bovengenoemde boek.

¹¹ Voor een recent overzicht, zie STUYCK, J. en VAN DE WALLE DE GHELCKE, B., «Weigering van verkoop en van levering», *T.B.H.*, 1984, 326-343.

¹² Zie PIRET, J.M., «Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de cassation», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, ALEN, A. en LEMMENS, P. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 118-133.

¹³ Zie recentelijk MELCHIOR, M., «Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, ALEN, A. en LEMMENS, P. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 4-31.

¹⁴ Goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981, *B.S.*, 6 juli 1983, en op 21 juli 1983 in werking getreden.

⁷ Zie MORTELMANS, K. en SCHLAGHECKE-BOUMAN, M.I.A., «Brood, gelijkheid en economisch publiekrecht», *Recht als norm en als aspiratie*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1986, 192.

⁸ VAN GERVEN, W., «Schets van een Belgisch economisch grondslagenrecht», *S.E.W.*, 1971, 404-428; VAN GERVEN, W., «Report», in «The optimal economic constitution of the European Community with reference to the economic constitutions of the Member States», *C.M.L.R.*, 1976, 217-220; VAN GERVEN, W., *Handels- en economisch recht*, Deel 1, *Ondernemingsrecht*, Volume A, derde druk, 1989, Brussel, Story-Scientia, 1989, 19-26.

⁹ Zo ook RENAULD, J., *l.c.*, 134; ZORBAS, G., «Egalité des chances entre les hommes et les femmes dans la vie professionnelle», in *Famille, Etat et sécurité économique d'existence*, MEULDERS-KLEIN, M.T. en EEKELAAR, J. (red.), Brussel, Story-Scientia, Deel II, 1988, 999-1000.

Terecht wijst Bossuyt op de beperkte rol van het recht ten aanzien van de realisatie van materiële gelijkheid (BOSSUYT, M., *l.c.*, 45).

– artikel 2 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, opgemaakt te New York op 19 december 1966¹⁵;

– de bepalingen van het E.E.G.-Verdrag¹⁶;

– de bepalingen van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, opgemaakt te New York op 7 maart 1966¹⁷;

– de bepalingen van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, opgemaakt te New York op 10 december 1979¹⁸.

Deze constitutionele en verdragsteksten bevatten immers expliciete normen inzake gelijkheid en non-discriminatie. De vraag is derhalve of en in welke mate deze normen contractenrechtelijke relevantie hebben. Dit wordt veelal aangeduid als het probleem van de rechtstreekse, directe, absolute, *erga omnes* of derdenwerking van grondrechten¹⁹ (in casu van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod).

Traditioneel werd een dergelijke derdenwerking ontkend²⁰. Verdragenrechtelijke normen scheppen enkel verbintenissen voor volkenrechtelijke rechtssubjecten. Wil men privaatrechtelijke doorwerking, dan moet de verdragsstaat dienaangaande passende regelgeving uitvaardigen. Indien dit niet gebeurt, dan is er hoogstens een probleem van volkenrechtelijke aansprakelijkheid. Zo ook inzake grondwettelijk gewaarborgde rechten; deze zouden gericht zijn tot de overheid en door burgers tegen de overheid kunnen worden ingeroepen. Zij zouden er echter niet toe strekken rechtsverhoudingen tussen burgers te regelen²¹.

7. Ten aanzien van volkenrechtelijke normen is het voornoemde beeld wel enigszins doorbroken door de E.E.G. als supranationale rechtsorde met eigen regelgevende bevoegdheden. *Directe werking* van bepalingen van het E.E.G.-Verdrag en van verordeningen is gemeengoed geworden. Het «Fromagerie Franco-suisse Le Ski»-arrest van het Hof van

Cassatie²² is in dit opzicht voor België een mijlpaalarrest. Deze jurisprudentie is naar andere verdragen gaan uitstralen. Men zal dan ook sterk letten op de aard, strekking, bewoording en handavingsmechanismen van de internationale norm om haar directe werking te gaan bepalen. Een mooi voorbeeld zijn in dit verband de E.E.G.-Richtlijnen. Bij niet-tijdige of niet-conforme implementatie in de nationale rechtsordes van de lidstaten, rijst de vraag of de bepalingen van een richtlijn rechtstreekse werking kunnen hebben. Krachtens artikel 189, derde lid, E.E.G.-Verdrag, zijn zij gericht tot de lidstaten. Na het verstrijken van de implementatieperiode kunnen zij dan ook *verticale directe werking* hebben. Bepalingen van een richtlijn kunnen dan tegen de overheid worden ingeroepen. Bovendien kan de overheid aansprakelijk worden gesteld voor schade geleden door burgers wegens de niet- of niet-conforme invoering van de richtlijn. Recente jurisprudentie van het Hof van Justitie bevestigt dit met zoveel woorden en voert een soort *communautaire aansprakelijkheidsnorm* in²³. Dit alles leidt er echter niet toe dat richtlijnen tussen burgers zouden kunnen worden ingeroepen; zij bezitten geen *horizontale directe werking*²⁴. Een richtlijn is daartoe immers geen geschikt instrument en haar handavingsmechanismen liggen elders (nl. enkel tegen de overheid in de vorm van een actie tegen de lidstaat voor het Hof van Justitie wegens inbreuk op verdragsverplichtingen of in de vorm van verticale directe werking). Een overgangsgebied treedt op wanneer de overheid privaatrechtelijke technieken gebruikt om openbare diensten ter beschikking te stellen; alsdan zal men veeleer een functionele dan een organieke analyse uitvoeren om de overheid krachtens verticale directe werking aan haar verdragsverplichtingen te houden.

8. Ten aanzien van de grondwettelijk gewaarborgde grondrechten is de traditionele stelling inzake afwezigheid van derdenwerking – vooral onder invloed van het Duitse naoorlogse staatsrecht – ook geleidelijk aan genuanceerd. Men is er zich immers bewust van geworden dat grondrechten een fundamenteel karakter vertonen en misschien wel enige privaatrechtelijke betekenis zouden kunnen hebben. Een tweetal hoofdstromingen kunnen in dit verband worden onderscheiden. In navolging van de Duitse doctrine, wordt ook bij ons gesproken van *directe* en *indirecte derdenwerking*²⁵. In het eerste geval hecht men een zo groot belang aan grondrechten dat men ze rechtstreeks wil gaan toepassen in het privaatrecht. Het gelijkheidsbeginsel wordt

¹⁵ Eveneens goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981, *B.S.*, 6 juli 1983, en op 21 juli 1983 in werking getreden. In verband met beide verdragen, zie BOSSUYT, M., «Het gelijkheidsbeginsel in de internationale pacts inzake mensenrechten», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, ALEN, A. en LEMMENS, P. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 35-46.

¹⁶ Zie LENAERTS, K., «L'égalité de traitement et droit communautaire», *Cah.dr.eur.*, 1991, 3-41.

¹⁷ Op 6 september 1975 in werking getreden.

¹⁸ Goedgekeurd bij wet van 11 mei 1983, *B.S.*, 5 november 1983, en op 9 augustus 1985 in werking getreden. Zie COENE, M., «Een nieuwe UNO-conventie: het Verdrag tot afschaffing van de discriminatie ten aanzien van de vrouw», *R.W.*, 1979-80, 2739-2752; OCHINSKY, S., «Un nouvel instrument international destiné à promouvoir l'égalité entre femmes et hommes: la Convention sur la discrimination à l'égard des femmes des Nations Unies», *J.T.*, 1980, 385-386.

¹⁹ De uitdrukking «fundamentele rechten en vrijheden» is meer ingeburgerd dan het begrip «grondrechten».

²⁰ BOSSUYT, M., *l.c.*, 44.

²¹ Een recent arrest van de Raad van State heeft het gelijkheidsbeginsel niet toegepast in relaties tussen overheden onderling (R.v.St., 19 december 1989, *Rev.Rég.Dr.*, 1990, 443). Dit standpunt is wellicht achterhaald na het arrest van het Arbitragehof van 7 november 1991, zaak nr. 91/31, *B.S.*, 29 november 1991, 26.784.

²² Cass., 27 mei 1971, *A.C.*, 1971, 959, *R.W.*, 1971-72, 431, *J.T.*, 1971, 467, concl. proc-gen. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

²³ H.v.Just., 19 november 1991, zaken 6/90 en 9/90, Francovich e.a. t. Italiaanse Republiek (nog niet gepubliceerd).

²⁴ LENAERTS, K., *l.c.*, 37. Zie ook inzake de Richtlijn 76/207 van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, het arrest van het Hof van Justitie van 26 februari 1986, Marshall t. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching), zaak 152/84, *Jur.*, 1986, 723, en *Arbrb.* Brussel, 20 november 1987, *J.T.T.*, 1988, 48.

²⁵ Sommige auteurs menen – ten onrechte – dat dit onderscheid in de praktijk vrij onbelangrijk is (VAN HEUVEN, D., «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, 595).

dan als een fundamenteel rechtsbeginsel beschouwd dat — zoals de andere grondrechten — het privaatrecht doordrenkt. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke verhoudingen zouden zo met elkaar verwant zijn dat grondrechten ook rechtstreeks naar het privaatrecht toe kunnen worden getransponeerd. In België werd deze theorie door een aantal auteurs verdedigd ²⁶.

Volgens de verdedigers van de indirecte derdenwerking (*reflexwerking*) bezitten grondrechten daarentegen slechts indirecte normativiteit. Op zich hebben zij geen privaatrechtelijke doorwerking; daartoe is een privaatrechtelijk inschakelingsmechanisme vereist. De open normen van het privaatrecht zoals de goede trouw, de openbare orde, de goede zeden of de zorgvuldigheidsnorm zouden de grondrechten dan privaatrechtelijk vertalen. Op die wijze zou beter met de eigenheid van het privaatrecht rekening gehouden kunnen worden. Hierbij is vooral de zorg uitgesproken dat rechtstreekse derdenwerking onvoldoende de afstemming met de privaatrechtelijke rol van de partijautonomie zou waarborgen. Deze laatste theorie werd door het Duitse Bundesverfassungsgericht gevolgd ²⁷ en in ons land door Van Oevelen en Coene verdedigd ²⁸. François Rigaux is deze opvatting eveneens gunstig gezind doch ziet ze veeleer als een toepassing van de rechtsvindingsvrijheid van de burgerlijke rechter en vindt het dan ook onnodig om van indirecte normativiteit te spreken ²⁹.

Rimanque, P. Peeters en Dirix ³⁰ hebben ten slotte een meer casuïstische benadering van het probleem van de derdenwerking voorgesteld. Directe derdenwerking miskent immers al te zeer de contractsvrijheid terwijl indirecte derdenwerking grondrechten ³¹ reduceert tot indirecte normativiteit ³². Van geval tot geval zou dan ook moeten worden

bekeken of grondrechten rechtstreeks dan wel zijdelings moeten worden toegepast ³³. Deze opvatting sluit aan bij de ontwikkelingen die ook ten aanzien van volkenrechtelijke instrumenten werd geschetst. De problematiek wordt in deze genuanceerde opvatting onttrokken aan het alles-of-niets-debat dat de traditionele opvatting (geen derdenwerking) en de leer van de directe derdenwerking kenmerkt. Bovendien dekt men zich — omwille van het fundamentele van de grondrechten — in tegen te grote beperkingen die de «privaatrechtelijke filter» zou kunnen opleveren indien de stelling van de indirecte derdenwerking wordt gevolgd (bijvoorbeeld restricties inzake criteria voor rechtsmisbruik of toepassing van marginale toetsing). Een louter privaatrechtelijke benadering kan immers de eigenheid van het debat omtrent de relevantie van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen doorkruisen. Het is dan ook goed om in verband met allerlei belangen en de mogelijke botsing met andere grondrechten of waarden, gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod in het contractenrecht omzichtig toe te passen ³⁴.

9. De Belgische jurisprudentie kent nauwelijks expliciete voorbeelden van toepassingen van het formele gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. Dit houdt wellicht verband met de traditionele leer inzake de afwezigheid van derdenwerking van het gelijkheidsbeginsel en van het discriminatieverbod. Men kan zich nochtans goed voorstellen dat discriminatie ten aanzien van contractuele relaties zou worden ingeroepen. Hierbij kan men denken aan allerlei vormen van *differentiaties* die bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van contracten worden gemaakt. Deze differentiaties kunnen onder meer betrekking hebben op ras, huidskleur, nationaliteit, etnische oorsprong, ideologische of godsdienstige overtuigingen, geslacht, afkomst, taal of seksuele geaardheid. Deze differentiaties kan men *directe differentiaties* noemen. Bovendien zouden allerlei verschillen niet qua strek-

²⁶ RAUWS, W. en SCHYVENS, H., «De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding», 181-183; WILLEKENS, H., «De werking van grondrechten in de verhoudingen tussen samenwonende seksuele partners», 353, beide in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, RIMANQUE, K. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1982.

²⁷ RIMANQUE, K. en PEETERS, P., «De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen — algemene probleemstelling», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, RIMANQUE, K. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1982, 19 en 21; RIGAU, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1990, 674-683.

²⁸ VAN OEVELEN, A., «Eerbiediging van de grondrechten en het woonrecht», 104; COENE, M., «Grondrechten en testeevrijheid», 315, beide in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, RIMANQUE, K. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1982.

²⁹ RIGAU, F., o.c., 679-683.

³⁰ RIMANQUE, K. en PEETERS, P., «De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen — algemene probleemstelling», 23-24, en DIRIX, E., «Grondrechten en overeenkomsten», 50, beide in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, RIMANQUE, K. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1982.

³¹ De eigenschappen van grondrechten worden duidelijk als men ze vergelijkt met de indirecte normativiteit die men toekent aan paralegale normeringen; zie DE LY, F., *De lex mercatoria. Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1989, 2, 77-80 en 382-383; DE LY, F., «De privaatrechtelijke dimensie van transnationale gedragscodes», in *Molengrafica 1989. Een vormig en vergelijkend privaatrecht 1989*, KOKKINI-IATRIDOU, D. en GROSHIDE, F.W. (red.), Lelystad, Vermande, 1989, 89-118.

³² DIRIX, E., l.c., 49-51.

³³ Deze opvatting stond de Nederlandse grondwetgever bij de nieuwe Nederlandse Grondwet voor ogen; een dergelijke opvatting belemmert de rechtsonwikkeling niet en vertrouwt de delicate belangenafwegingen aan de rechter toe.

³⁴ Men kan zich ten aanzien van derdenwerking van grondrechten afvragen of het systeem van handhaving van grondrechten hier niet mede relevant is. In tegenstelling tot andere landen zoals Duitsland, de Verenigde Staten en Japan, heeft België immers geen *algemene grondwettigheidstoetsing*. Schendingen van grondrechten door de wetgever kunnen — behalve ten aanzien van de artikelen 6, 6bis en 17 Sw. — niet worden getoetst. Een klachtrecht voor de burger wegens schending van grondrechten door de wetgever bestaat evenmin. De burger is enkel krachtens artikel 107 Gw. en artikel 14 Gecoörd. W. R.v.St. beschermd tegen schending van grondrechten door de uitvoerende macht. Voor zover grondrechten en wetgeving elkaar bijten, lijkt het voorgaande wel problemen op te leveren ten aanzien van derdenwerking. Dit lijkt ook zo ten aanzien van wetgeving strijdig met de artikelen 6, 6bis en 17 Gw. Uit het handhavingssysteem kan men immers afleiden dat schending van grondrechten door de wetgever niet kan worden gesanctioneerd of enkel in een beperkt aantal gevallen via een procedure voor het Arbitragehof. Via de derdenwerking kan men dit stelsel dus niet omzeilen. Dit geval zou zich kunnen voordoen indien in een contractenrechtelijk geschil gedrag wordt gelegitimeerd onder verwijzing naar een wettelijke norm die strijdig is met een grondrecht. Bij de transpositie van het Duitse recht naar het Belgische inzake derdenwerking van grondrechten moet dan ook met verschillen in handhavingsmechanismen rekening worden gehouden.

king doch qua gevolgen een differentiërende uitwerking kunnen hebben. Alsdan kan men spreken van *indirecte differentiatie*.

Zijn de voornoemde directe en indirecte differentiaties geoorloofd of betreft het ongeoorloofde discriminaties? Een algemeen antwoord lijkt onmogelijk aangezien allerlei afwegingen moeten worden gemaakt en concrete elementen bij de rechtstoepassingen het uiteindelijke resultaat eveneens kunnen beïnvloeden.

10. In dit verband kunnen verschillende situaties worden onderscheiden³⁵. Allereerst is er het geval dat men naar believen zou kunnen weigeren met iemand te contracteren. Dit is lang als een der prerogatieven bij de uitoefening van de contractsvrijheid gezien. Vindt men deze contractswegering echter per se ongeoorloofd, dan zet men de deur open voor toetsing van persoonlijke beweegredenen om te contracteren³⁶. Tussen beide extremen werd een weg gevonden; onder omstandigheden kan contractswegering onrechtmatig zijn³⁷.

Hierbij kunnen verschillende subhypothesen worden gemaakt³⁸. Een veel voorkomende situatie betreft het geval dat contractswegering mededingingsrechtelijke problemen of problemen van economisch publiekrecht oplevert en aldus onrechtmatig wordt³⁹. Is dit niet het geval, dan kijkt men naar het gedrag van de contractswegeraar. Is deze passief gebleven, dan is zijn weigering in beginsel rechtmatig⁴⁰. Dit is vooral van belang voor de privé-sfeer; differentiaties op basis van welk criterium ook kunnen hier moeilijk afgedwongen worden omdat dit anders een te grote inbreuk op de persoonlijke vrijheid zou betekenen. Wil men die vormen van differentiaties bestrijden, dan moet de wetgever optreden⁴¹.

Heeft de contractswegeraar daarentegen een aanbod gedaan, dan betekent zijn weigering – na aanvaarding door de tegenpartij – wanprestatie en kan hij aangesproken worden.

Tot slot zijn er de tussenvormen waarbij geen aanbod is gedaan maar de contractswegeraar ook niet stil is blijven zitten. Indien op enigerlei wijze reeds enig contact met po-

tentiële contractanten tot stand is gebracht (advertenties, reclame, uitnodiging tot contracteren, tekoopstelling van goederen of diensten op plaatsen die voor het publiek toegankelijk zijn), dan is de contractswegeraar de rechtssfeer van anderen binnengedrongen en rusten op hem meer zorgvuldigheidsplichten. Hij moet dan weigeringsgronden kenbaar maken en, zo dit niet gebeurt, kan hij enkel om *gegronde redenen* weigeren tot contractssluiting over te gaan⁴². Willekeur is dan niet langer mogelijk. Dirix en Van Hecke hebben hier gesteld dat willekeurige differentiatie die de menselijke waardigheid betreffen zoals op basis van geslacht, ras, geloof, politieke overtuiging of afkomst onrechtmatig is⁴³. Een belangrijke innovatie is in dit verband artikel 10, tweede lid, Wet Consumentenkrediet⁴⁴, dat bepaalt dat kredietgevers of kredietbemiddelaars in geen geval informatie mogen vragen omtrent ras, etnische afstamming, seksueel gedrag, gezondheid, overtuigingen of activiteiten op politiek, levensbeschouwelijk of godsdienstig gebied of het lidmaatschap van een vakbond of ziekenfonds. Deze bepaling beoogt vooral de privacy van de kredietaanvrager te beschermen. De sanctie wordt duidelijk uit artikel 95 van de wet; gegevens verkregen in strijd met artikel 10, tweede lid, zijn onvoldoende reden voor de kredietgever om de kredietovereenkomst te laten ontbinden. Men zou tevens kunnen argumenteren dat contractswegering op basis van gegevens verkregen in strijd met artikel 10, tweede lid, onrechtmatig kan zijn.

Dikwijls is er in de commerciële sfeer echter geen sprake van willekeur maar van legitieme rationele overwegingen⁴⁵ die soms ook in een werkelijk *acceptatiebeleid* zijn vastgelegd. Een belangrijk gegeven betreft in dit verband het belang dat aan de identiteit van de toekomstige medecontractant wordt gegeven alsook de feitelijke machtsverhoudingen tussen partijen⁴⁶. Naarmate de *intuitus personae* minder belangrijk is, zal makkelijker discriminatie kunnen worden aangenomen. In de banksector zijn bijvoorbeeld vele contracten *intuitu personae*; differentiatie op basis van vermogen lijkt dan ook dikwijls geoorloofd. Anderzijds kan het bestaan van differentiaties erop wijzen dat de *intuitus personae* door een der toekomstige contractanten als belangrijk wordt gezien. Dit geldt bijvoorbeeld bij verzekeringscontracten waar een acceptatiebeleid wordt gevoerd waarbij bepaalde vooraf geïdentificeerde groepen een afzonderlijke behandeling krijgen (duurdere premie, weigering van dekking). Ook hier zal de differentiatie dikwijls legitiem zijn.

De feitelijke machtsverhoudingen zijn eveneens relevant. Differentiaties in een aanbiedersmarkt waar de vrager over weinig reële alternatieven beschikt (bijvoorbeeld monopolies), leggen bijzondere plichten op de aanbieder. Diens differentiaties kunnen dan ook op grond van het bestaan van

³⁵ Voor Nederland, zie in verband met raciale discriminatie, RODRIGUES, P., «Acceptatie en discriminatie bij consumentenovereenkomsten», *Landelijk Bureau Racismebestrijding Bulletin*, 1991, afl. 4, 3-7.

³⁶ Zie DIRIX, E., *l.c.*, 55-56.

³⁷ Zie ook de artikelen 2, § 3, en 4 Prijzenwet waar verkoopswegering verboden wordt.

³⁸ Zie DIRIX, E., *l.c.*, 56-58.

³⁹ Zie bijvoorbeeld de artikelen 2, §§ 3 en 4 Prijzenwet; *adde* in dit nummer, het preadvies van R. VAN DEN BERGH, *Ongelijkheid en discriminatie in de verhoudingen tussen leveranciers en afnemers*; STUYCK, J. en VAN DE WALLE DE GHELCKE, B., *l.c.*, 326-343.

⁴⁰ Voor een toepassing, zie Vz. Kh. Mechelen, 5 februari 1988, *Jaarboek Handelspraktijken*, 1988, 215.

⁴¹ Bijvoorbeeld inzake *geslachtsdiscriminatie*, Titel V betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de toegang tot een zelfstandig beroep, van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, *B.S.*, 17 augustus 1978; inzake *raciale discriminatie*, wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *B.S.*, 8 augustus 1981; voor deze laatste, zie VAN OEVELEN, A., *l.c.*, 115-116.

⁴² Zie bijvoorbeeld Vz. Kh. Brussel, 31 januari 1983, *T.B.H.*, 1984, 382; Vz. Kh. Brussel, 15 juli 1988, *Jaarboek Handelspraktijken*, 1988, 244.

⁴³ DIRIX, E., *l.c.*, 59; VAN HECKE, G., «Vrijheid of dwang in het aanbod van goederen en diensten», *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, II, Gent, 1965, 1001.

⁴⁴ Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, *B.S.*, 9 juli 1991, 15203.

⁴⁵ Zie de voorbeelden aangehaald door DIRIX, E., *l.c.*, 58.

⁴⁶ Voor dit laatste element, zie DIRIX, E., *l.c.*, 50-51.

een aan het publiekrecht vergelijkbare bovengeschiktheidsverhouding worden getoetst ⁴⁷.

Een bijzonder geval doet zich voor wanneer de overheid partij is bij de rechtsbetrekking. In gemengde markteconomieën worden aanbod van of vraag naar sommige goederen en diensten vrij frequent door de openbare sector gecreëerd ⁴⁸. Vraag is dan of de rechtsverhouding tussen de overheid en een privaatrechtelijk rechtssubject dat de goederen of diensten afneemt of levert, een reglementair dan wel een contractueel karakter heeft. De gewone rechtbanken kiezen meestal voor de contractuele theorie terwijl de administratiefrechtelijke colleges de reglementaire leer aanhangen ⁴⁹. Ten aanzien van de vraag naar toepassing van privaatrechtelijk administratief recht, is het allereerst van belang de rechtsverhouding te kwalificeren. Men kan immers niet alle rechtsverhoudingen waarbij de overheid rechtstreeks of zijdelings betrokken is over een zelfde kam scheren. In dit verband wordt het onderscheid gemaakt tussen administratieve contracten en overeenkomsten met de overheid. De eerste categorie heeft rechtstreeks betrekking op een openbare dienst of collectieve nutsfunctie; bij overeenkomsten van de tweede categorie is dit niet het geval en bestaat veel meer een nevenschiktheidsverhouding tussen partijen ⁵⁰.

Het onderscheid is relevant ten aanzien van de vraag of het – voor dit preadvies belangrijke – beginsel van de *benuttingsgelijkheid* ⁵¹ geldt met betrekking tot die rechtsverhoudingen dan wel of de overheid – zoals in het privaatrecht – in grotere mate naar believen mag differentiëren? Gaat het om een administratief contract, dan zal de gebruiksgelijkheid moeten worden gerespecteerd. De overheid moet dan gebruikers of leveranciers op gelijke voet behandelen. Discriminaties zijn dan ongeoorloofd; de openbare dienst moet voor een ieder gelijkkelijk toegankelijk zijn. Formele gelijkheid is dan gewaarborgd aangezien de overheid wel rechtstreeks gebonden is aan de artikelen 6 en 6bis Gw. Kan de rechtsverhouding als een contract met de overheid worden gekwalificeerd, dan geldt in beginsel het privaatrecht. De hoedanigheid van een der contractanten (de overheid) is dan rehtens niet zo relevant. Formele gelijkheid geldt dan in beginsel enkel in dezelfde mate als voor andere privaatrechtelijke rechtssubjecten.

⁴⁷ Zie VAN GERVEN, W., «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 968; VAN GERVEN, W., *Handels- en economisch recht*, 24-25; VAN HEUVEN, D., «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, 595.

⁴⁸ KRUIJTHOF, R., «Leven en dood van het contract», *R.W.*, 1985-86, 2743-2744; DIRIX, E., «Algemene contractvoorwaarden en monopolies», noot onder Antwerpen, 20 januari 1987, *R.W.*, 1986-87, 2724-2725.

⁴⁹ Zie PEETERS, B., «De verhouding tussen openbare diensten en hun gebruikers: een contractuele of een reglementaire relatie?», *R.W.*, 1990-91, 137-148. Een arrest van de Raad van State (27 september 1988, De Leener en Ballon, nr. 30.876, *D.C.C.R.*, 1989, 62, noot DE VROEDE, P., *D.A.O.R.*, 1989, 107, noot PHILIPPE, D.) koos voor de reglementaire theorie op grond van het eenzijdig wijzigingsrecht van het overheidsbedrijf (intercommunale) en het gelijkheidsbeginsel, nl. de onmogelijkheid om individuele afwijkingen toe te staan.

⁵⁰ VAN GERVEN, W. en WYCKAERT, M., «Overeenkomsten met de overheid», *T.P.R.*, 1987, 1715-1716.

⁵¹ VAN GERVEN, W. en WYCKAERT, M., *l.c.*, 1730-1744.

Dikwijls zal mede aan de hand van de gevolgen worden bepaald of er een reglementaire dan wel een contractuele relatie is. Een arrest van de Raad van State van 27 september 1988 in zake De Leener en Ballon ⁵² koos in dit opzicht voor de reglementaire theorie ten aanzien van een rechtsverhouding tussen een intercommunale elektriciteitsleverancier en een verbruiker. De Raad motiveerde dit onder meer op grond van het gelijkheidsbeginsel, nl. het verbod om individuele afwijkingen toe te staan. Aangezien het een monopolie betreft zou men echter ook contractenrechtelijk tot gebruiksgelijkheid kunnen besluiten.

11. Toetsing van contractweigering zal – volgens de traditionele opvatting – plaatsvinden op basis van de artikelen 1382-1383 B.W. De toetsingsmaatstaf is hier wel van belang. Construeert men het als misbruik van het recht om niet te contracteren, dan kan contractweigering slechts onrechtmatig zijn als de uitoefening van dit recht gebeurt op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening door een voorzichtige en bedachtzame persoon ⁵³. Bij willekeurige contractweigering is dit veelal het geval. Wanneer echter redelijke motieven voor de differentiatie aanwezig zijn, zal sanctionering van contractweigering dikwijls afstoten op de strenge vereisten voor rechtsmisbruik. Indien men de bevoegdheid om niet te contracteren niet als een subjectief recht ziet maar als een partijbeslissing, kan men dit precontractueel gedrag via de algemene zorgvuldigheidsnorm toetsen waarbinnen ruimere toetsing en belangenafweging kan plaatshebben. De vraag blijft dan hoe moet worden getoetst. Hierbij zal van belang zijn of de partijbeslissing (het al dan niet aanvaarden) discretionair of doelgebonden is ⁵⁴. De in het vorige nummer genoemde omstandigheden zullen dit duidelijk maken. In het eerste geval kan enkel marginaal worden getoetst (zoals bij rechtsmisbruik); in het tweede geval geldt een volledige toetsing. In beide gevallen kunnen normatieve elementen in de beoordeling worden betrokken. Men kan dan rekening houden met discriminatieverboden uit publiekrecht en internationaal publiekrecht. Via de onrechtmatige daad kunnen deze rechtsnormen dan doorwerken ⁵⁵. Het publiekrechtelijke analyseapparaat is hier ook bruikbaar. Differentiatie wordt dan ongeoorloofde discriminatie indien het differentiatiedoel niet relevant of pertinent is of de differentiatiecriteria niet evenredig met het gestelde doel ⁵⁶. Via differentiatiedoel en -criteria blijven differentiaties echter mogelijk; al-

⁵² Nr. 30.876, *D.C.C.R.*, 1989, 62, noot DE VROEDE, P., *D.A.O.R.*, 1989, 107, noot PHILIPPE, D.; zie PEETERS, B., *l.c.*, 144.

⁵³ Dit is de *catch all*-formulering voor rechtsmisbruik van het Hof van Cassatie in Cass., 18 februari 1988, *T.B.H.*, 1988, 696, noot DIRIX, E.

⁵⁴ Het is de grote verdienste van Herman Braeckmans dat hij dit onderscheid tussen partijbeslissingsrechten in het licht heeft gezet (BRAECKMANS, H., *Juridische aspecten van consortiumkredieten in Eurodeviezen*, Antwerpen, Maklu, 1985, 358-362; zo ook reeds RONSE, J., «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, 212 en 218). De doctrine lijkt immers al te snel geneigd overal discretionaire beslissingsrechten en marginale toetsing te zien.

⁵⁵ Zie echter het algemene voorbehoud inzake indirecte derdenwerking (supra nr. 8).

⁵⁶ Zie, voor deze toetsingscriteria, MELCHIOR, M., *l.c.*, 18; DE RIDDER, P., «De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof», *R.W.*, 1990-91, 481-491; voor het privaatrecht, zie VAN OEVELEN, A., *l.c.*, 100-102.

leen zullen deze dikwijls moeten worden verijnd ten einde het discriminatieverbod te ontlopen.

12. Sanctionering van contractswijgering zou ook via de vertrouwensleer kunnen gebeuren; contractswijgering is dan niet toelaatbaar indien bij de wederpartij het gewettigde vertrouwen is gewekt dat een contract kon worden gesloten. Werd echter duidelijk gemaakt dat een acceptatiebeleid gold, dan is het vertrouwen van de wederpartij niet langer gewettigd. Sinds het Hof van Cassatie aanvaard heeft dat de vertrouwensleer ook los van onrechtmatige daad kan worden ingeroepen, zouden dan ook beide grondslagen voor sanctionering van contractswijgering kunnen worden ingeroepen⁵⁷. Werd geen fout begaan, dan kan tot contractsvorming op basis van de vertrouwensleer worden besloten⁵⁸ en kan de weigeraar wegens wanprestatie worden aangesproken. In deze benadering moet men dan niet langer de fout van de contractswigeraar aantonen. Toepassing van de vertrouwensleer los van onrechtmatige daad, leidt dan ook tot meer verbintenissen in de persoon van de potentiële contractanten. Zij staan niet meer tot elkaar als derden maar als mogelijke contractspartijen in een bijzondere verhouding die afhankelijk van de omstandigheden (vooral de vele schakeringen van het onderhandelingsproces⁵⁹) in meerdere of mindere mate beheerst kan worden door de goede trouw. De goede trouw heeft hier dan ook vooral een *subsidiäre* functie ten aanzien van de onrechtmatige daad. In tegenstelling met het Duitse recht inzake onrechtmatige daad, waarin geen algemene zorgvuldigheidsnorm voorkomt en men precontractuele verhoudingen dan ook anders moet benaderen, lijkt het niet nodig precontractuele verhoudingen altijd op goede trouw te baseren. In beginsel kan dit dus op basis van onrechtmatige daad; los van fout kan dat echter ook aanvullend op basis van goede trouw mits aan de vereisten van de vertrouwensleer is voldaan. Een andere visie heeft het nadeel dat de onrechtmatige-daadsnotie te veel wordt uitgerokken.

13. Een volgende situatie betreft toepassing van ongelijke contractvoorwaarden ten aanzien van gelijke of soortgelijke omstandigheden⁶⁰. Een verbintenis om gelijke contractvoorwaarden aan te bieden aan wederpartijen die zich in gelijke of soortgelijke omstandigheden bevinden, botst uiter-

aard onmiddellijk met de contractsvrijheid, nl. de mogelijkheid om de inhoud van iedere overeenkomst autonoom vast te leggen. Zij zou een inhoudelijke toetsing betekenen van vergelijkbare contracten die moeilijk kan worden aanvaard⁶¹. Niettemin kan men zich afvragen of onder omstandigheden discriminaties niet kunnen worden beteugeld. Dit zou dan gebeuren ten aanzien van de contractssluiting; het zou onder omstandigheden een precontractuele fout kunnen zijn bepaalde categorieën wederpartijen anders te behandelen dan andere categorieën indien hiervoor geen redelijke verantwoording voorhanden is of het gebruikte middel onevenredig is met het beoogde doel. Het hiervoor reeds vermelde publiekrechtelijke analysepatroon zou hier eveneens kunnen worden toegepast.

14. Vervolgens kunnen bedingen in overeenkomsten differentiaties inhouden. Van Oevelen heeft dit onderzocht ten aanzien van bepalingen in reglementen van medeëigendom en in huurovereenkomsten⁶². Ingevolge zijn visie betreffende de indirecte doorwerking van grondrechten meent hij dat bedingen waarbij wordt verboden te verhuren aan vreemdelingen of gezinnen met veel kinderen, nietig zijn ingevolge de artikelen 6, 1131 en 1133 B.W. Deze beperkingen zouden immers niet pertinent zijn ten aanzien van een huurovereenkomst⁶³. Huurders met huisdieren zouden echter wel geweerd kunnen worden⁶⁴.

15. Tot slot kunnen bij de uitvoering of beëindiging van de overeenkomst allerlei differentiaties optreden. Bij de uitvoering kan men bijvoorbeeld de ene categorie contractanten anders behandelen dan een andere categorie; men kan eveneens de ene categorie overeenkomsten beëindigen en niet een andere categorie. In een atomistische kijk op contracten kan dit niet worden getoetst; voor ieder contract kan iedere contractant zelf de uitvoeringsmodaliteiten en de beëindiging bepalen. Deze rechten zijn ook begrensd; zij staan onder de algemene regel van de uitvoering te goeder trouw en het gedrag kan dan ook onder deze bepaling worden getoetst. Hierbij zouden opnieuw publiekrechtelijke en volkenrechtelijke bepalingen bij de afweging kunnen worden betrokken⁶⁵.

16. Tot slot rijzen nog twee problemen ten aanzien van formele gelijkheid en non-discriminatie. Allereerst bestaan er grote praktische bewijsrechtelijke problemen om verboden discriminatie aan te tonen⁶⁶. Soms is het dan ook aangewezen een wettelijke omkering van de bewijslast in te voeren. Artikel 136, § 2, van de wet van 4 augustus 1978 heeft dit ingevoerd ten aanzien van geslachtsdiscriminatie betreffende promotiekansen, opleiding, arbeidsvoorwaarden en ontslagvoorwaarden. De werknemers genieten dan ontslagbescherming *voor zover* zij haar rechten wil laten gelden; een algemene ontslagbescherming op basis van geslachtsdiscriminatie werd echter niet ingevoerd. Na het indienen van een klacht bij de sociale inspectie of het instellen van een rechts-

⁵⁷ Zie infra nr. 32.

Op dit ogenblik is omstreden of de vertrouwensleer bij de totstandkoming van overeenkomsten op het beginsel van de goede trouw kan worden gebaseerd (precontractuele goede trouw) (in die zin FORTIERS, P.A., «L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi», *J.T.*, 1989, 545-546; VAN OEVELEN, A., noot onder Cass., 20 juni 1988, *R.W.*, 1989-90, 1429; *contra*: KRUTHOF, R., «La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase», noot onder Cass., 20 juni 1988, *R.C.J.B.*, 1991, 62-64).

⁵⁸ *Contra* VEROUGSTRATE, I., *l.c.*, 198-199 die — ingevolge een minimalistische interpretatie van het cassatiearrest Cuivre et Zinc van 20 juni 1988 — de vertrouwensleer, los van de artikelen 1382-1383 B.W., slechts in externe verhoudingen zou willen toepassen.

⁵⁹ Zie SCHRANS, G., «De progressieve totstandkoming der contracten», *T.P.R.*, 1984, 1-32.

⁶⁰ Inzake prijsdiscriminatie tussen verschillende afnemers en mededinging, zie STUYCK, J. en VAN DE WALLE DE GHELCKE, B., *l.c.*, 332-333. Hieraan kan men nu ook de artikelen 2, § 1, d, en 3, tweede lid, c, van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (*B.S.*, 11 oktober 1991, 22.493) toevoegen.

⁶¹ PARDES, M., *l.c.*, 261.

⁶² VAN OEVELEN, A., *l.c.*, 114-117.

⁶³ VAN OEVELEN, A., *l.c.*, 116-117.

⁶⁴ VAN OEVELEN, A., *l.c.*, 125.

⁶⁵ Voor een analyse ten aanzien van andere grondrechten, zie VAN OEVELEN, A., *l.c.*, 119-127.

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld ten aanzien van discriminatie op basis van geslacht, HUMBLÉ, P., «Bewijs(last) en geslachtsdiscriminatie», *R.W.*, 1991-92, 485-488.

vordering, mag zij niet worden ontslagen of mogen arbeidsvoorwaarden niet eenzijdig gewijzigd worden behalve om redenen vreemd aan de ingeroepen geslachtsdiscriminatie. Ingevolge de omkering van bewijslast moet de werkgever die redenen aantonen. Een tweede mogelijkheid, die onder meer in Nederland werd voorgesteld, bestaat erin de contracteweigeraar, diegene die contractbedingen discriminatoir toepast of het contract discriminatoir uitvoert of beëindigt, op basis van zorgvuldigheidsnormen of goede trouw een *motiveringsverplichting* op te leggen indien daarom wordt verzocht ⁶⁷. De motivering maakt het immers makkelijker de discriminatie te toetsen.

17. Vervolgens rest het probleem van de sancties. In beginsel zal herstel in de vroegere toestand worden geweigerd zodat alleen schadeloosstelling kan worden gevorderd ⁶⁸. Bij anti-discriminatie wetgeving worden in dit opzicht soms wel specifieke sancties ingevoerd zoals de reïntegratie van de werkneemster die met geslachtsdiscriminatie is ontslagen ⁶⁹. Maar ook hier is de reïntegratie slechts een mogelijkheid die door betaling van een schadevergoeding (de werkelijke schade of een forfaitaire som gelijk aan het brutoloon van zes maanden) kan worden vermeden ⁷⁰.

§ 4. DE MATERIELE GELIJKHEID IN HET CONTRACTENRECHT ⁷¹

18. Binnen het systeem van het Belgische contractenrecht heeft het gelijkheidsbeginsel (nog) geen vaste plaats verworven. Traditioneel wordt vooral het beginsel van de *contractsvrijheid* (wilsautonomie) als een der grondpijlers van het contractenrecht beschouwd. Krachtens dit beginsel kunnen toekomstige contractanten allereerst beslissen om al dan niet te contracteren. Dit impliceert dan ook dat *contractswegering* (de beslissing om niet te contracteren) in beginsel legitiem is. Vervolgens heeft contractsvrijheid tot gevolg dat partijen hun overeenkomst de door hen gewenste inhoud kunnen geven. Dit is mogelijk omdat het contractenrecht in belangrijke mate suppletief is. De uitbouw van een eigen contractuele regeling berust bovendien op wilsovereenstemming. Indien blijkt dat de werkelijke wil van *beide* partijen

betrekking heeft op contractssluiting en op de inhoud van het contract, dan is de overeenkomst voor partijen verbindend. Aan de ene kant wordt sterk gekeken naar de werkelijke wil van de contracterende partijen. Bij afwezigheid van werkelijke wil tot contractuele binding of wanneer de wil gebrekkig is gevormd, komt geen overeenkomst tot stand of is deze relatief nietig. Anderzijds heeft dit beginsel een *beschermende functie*. Iedere partij wordt beschermd tegen de vrijheid van de andere aangezien men kan weigeren te contracteren tegen bepaalde voorwaarden. Deze beschermende functie is bijvoorbeeld sterk aanwezig ten aanzien van de tegenwerpbaarheid van standaardvoorwaarden. De cassatierechtspraak eist hier dat de partij tegen wie zij worden ingeroepen, kennis had van die voorwaarden en ze bovendien heeft aanvaard ⁷². De wilsleer wordt hier duidelijk gebruikt als techniek ter bescherming tegen de vrijheid van anderen. Dit geldt tevens met betrekking tot de uitlegging van overeenkomsten. Traditioneel gaat men hier op zoek naar de gemeenschappelijke bedoeling van partijen. Opnieuw wordt met de wil van beide partijen rekening gehouden, wat beschermend werkt ten aanzien van mogelijke misbruiken van de kant van een der partijen.

19. Achter de klassieke contractsvrijheid lijkt dus wel een *gelijkheidsgedachte* schuil te gaan, namelijk dat een contract slechts verbintenissen kan scheppen en dus de vrijheid van een ander kan gaan bepalen indien die ander hiermee vrij en werkelijk instemt. Men gaat er dus van uit dat vrije en volwassen mensen zelf met kennis van zaken hun opties kunnen vastleggen en geen verdere bescherming behoeven. Overheidsinsmenging is dan ook onnodig. De *materiële gelijkheidsidee* is hier dan ook *abstract* ⁷³; de uitoefening van ieders individuele vrijheid leidt tot een hoog maatschappelijk nut en ieders vrije wil vormt voldoende bescherming tegen de vrijheid van anderen. Feitelijke ongelijkheden worden in een dergelijke opvatting echter nauwelijks onderkend; de gelijkwaardigheid van de prestaties moet niet worden getoetst. De *justum pretium*-leer wordt niet gevolgd.

20. De vraag rijst in welke mate het voorgaande in de *Code civil* kan worden teruggevonden. Allereerst kende de Code benadeling als wilsgebrek. Artikel 1118 B.W. bepaalde echter dat benadeling geen algemeen wilsgebrek was (zoals dwaling, bedrog en geweld) en slechts gold voor bepaalde contracten en personen. Voor zover het minderjarigen betreft (artikelen 1305 e.v. B.W.), kan men hierin een toepassing zien van de abstracte gelijkheidsidee. Zij behoeven immers bescherming aangezien hun wil niet vrij wordt gevormd. Een zelfde redenering gaat echter niet op voor benadeling bij verkoop van onroerend goed (artikelen 1674 e.v. B.W.). Hier doorbreekt de wetgever de abstracte gelijkheidsgedachte en wordt een toetsing van de gelijkwaardigheid van de wederkerige prestaties ingevoerd met het oog op de bescherming van de verkoper ⁷⁴.

⁷² Zie DE SMET, R., «La force obligatoire des conditions générales en matière commerciale», noot onder Cass., 9 februari 1973, R.C.J.B., 1974, 192-203.

⁷³ Zie GHESTIN, J., «Le principe de l'égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé», in *L'égalité*, PERELMAN, C. en INGBER, L., (red.), Deel VIII, Brussel, Bruylant, 1982, 30-31.

⁷⁴ Benadeling speelt ook een rol in de artikelen 887 en 1079 B.W. Hier gaat het echter om specifieke bepalingen waarbij een ander beleidsobjectief, nl. gelijkheid tussen erfgenamen in het geding is.

⁶⁷ RODRIGUES, P., *l.c.*, 5.

⁶⁸ VAN OEVELEN, A., «Schade en schadeloosstelling bij de schending van grondrechten door private personen», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, RIMANQUE, K. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1982, 434-438.

⁶⁹ Artikel 136, § 4, W. 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering (Gelijkheidswet mannen-vrouwen). Jurisprudentie van het Hof van Justitie stelt in dit verband dat uit Richtlijn 76/207 van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekanalen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden niet voortvloeit dat een werkgever verplicht is een arbeidsovereenkomst met de gediscrimineerde te sluiten (H.v.Just., 10 april 1984 (Von Colson en Kamann t. Deelstaat Nordrhein-Westfalen, zaak 14/83, J.T.T., 1984, 414, en Harz t. Deutsche Tradax GmbH, zaak 79/83, S.E.W., 1985, 216, noot LEENEN, A.).

⁷⁰ Cass., 20 juni 1988, A.C., 1988-89, 1368, Pas., 1988, I, 1261, conclusie adv.-gen. LIEKENDAEL, J.T.T., 1988, 493, Soc.Kron., 1988, 345.

⁷¹ Voor een mooie situering, zie NIEUWENHUIS, J.H., *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, 52-61.

21. Vervolgens kent artikel 1131 B.W. de *causa* als geldigheidseis voor de totstandkoming van overeenkomsten ⁷⁵. De *causa*-leer die ertoe zou kunnen leiden dat de prestaties van partijen aan elkaar worden getoetst, is echter een der meest lege leerstukken uit het contractenrecht gebleken. In de praktijk heeft zij nauwelijks gefungeerd als mogelijke toetsingsgrond van de gelijkwaardigheid van de contractuele prestaties ⁷⁶.

22. Tot slot zou men ook aan het suppletief recht, vooral inzake de benoemde overeenkomsten kunnen denken. Alsdan wordt een wettelijke regeling voorgesteld die, behoudens afwijkende contractuele regeling, op de benoemde overeenkomst toepasselijk is. Hierbij spelen allerlei afwegingen een rol waarbij met de belangen van de betrokken partijen rekening wordt gehouden. Dit is geen volkomen neutraal proces zodat de wetgever hierbij toch keuzes moet maken en in bepaalde gevallen de belangen van de ene partij boven die van de andere zal laten prevaleren.

23. De voornoemde fenomenen hebben het beeld van een Code civil die steunt op abstracte gelijkheid en contractsvrijheid, niet substantieel kunnen veranderen. Wijzigingen in dit beeld zullen pas later komen wanneer maatschappelijke ontwikkelingen de behoefte aan een grotere *feitelijke gelijkheid* zullen laten voelen. Met de crisis van de jaren dertig wordt de liberale markteconomie immers geleidelijk geruild voor een gemengde markteconomie met vrij veel overheids-inmenging in het sociaal en economisch leven. De wetgever zal zich dan ook geroepen voelen om op het sociaal-economisch vlak corrigerend op te treden om feitelijke ongelijkheden rechter te trekken. Anderzijds zullen rechtspraak en rechtsleer minder schroom voelen om innovaties in te voeren, veelal gebaseerd op bestaande wettelijke normen. De Code blijkt immers niet langer in staat om een aantal maatschappelijke problemen op te lossen. Formeel blijven deze innovaties wetsgetrouw doch de facto beoefenen jurisprudentie en doctrine vrije – zij het beperkte – rechtsvinding. Hierna worden eerst wetgevende ontwikkelingen en daarna de voornoemde innovaties in jurisprudentie en doctrine besproken.

24. Binnen een gemengde markteconomie wordt de behoefte gevoeld om enigszins regulerend op te treden ter bescherming van particuliere belangen ⁷⁷. In een aantal gevallen beoogt men dan niet een bepaalde groep te beschermen, maar wordt een algemene regeling ingevoerd die bepaalde bedingen bestrijdt. Uit bestaande misbruiken of de vrees voor dergelijke misbruiken leidt de wetgever dan af dat bepaalde bedingen minder wenselijk zijn en aan beperkingen moeten worden onderworpen. Men neemt dan als het ware aan dat de wederpartij tegen dergelijke bedingen moet

worden beschermd. Artikel 1023 Ger.W. en twee bepalingen van de arbitragewet kunnen aldus worden uitgelegd ⁷⁸.

25. Belangrijker is het wetgevend optreden ter bescherming van bevolkingsgroepen die als sociaal-economisch zwakker worden beschouwd. Een volledige inventarisatie van deze regulering ten aanzien van contracten valt buiten het bestek van dit preadvies. Hier kan dan ook met een overzicht worden volstaan waarin eerder de meest recente ontwikkelingen zullen worden benadrukt. Allereerst kan er in dit verband op worden gewezen dat verschillende reguleringstechnieken beschermingsdoeleinden kunnen verwezenlijken. Dit inzicht is door de deregulerings/herreguleringsbeweging van de jaren tachtig duidelijk en terecht onderstreept. Bescherming van zwakkere groepen kan door overheidsregulering of door zelfregulering plaatsvinden. In tegenstelling met bijvoorbeeld Nederland is er in België weinig traditie inzake zelfregulering ⁷⁹ zodat veelal de overheid ingrijpt. Dit kan middels het publiekrecht gebeuren waar de overheid de werking van een economische sector reguleert en controleert ⁸⁰. In het kader van een dergelijk toezicht kan de overheid of een orgaan dat bij wetgevende delegatie toezichtsfuncties heeft gekregen, ook invloed of toezicht uitoefenen op de privaatrechtelijke relaties die zich binnen de sector afspelen. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op de materiële controle van de polisvoorwaarden die krachtens de Controlewet Verzekeringen door de Controledienst der Verzekeringen kan worden uitgeoefend of door de invloed van de Bankcommissie (nu Commissie voor het Bank- en Financiewezen) op de privaatrechtelijke betrekkingen in de financiële sector.

26. In randnummer 10 is reeds gewezen op de belangrijke rol van de overheid als aanbieder en vrager van goederen en diensten. Het optreden van de overheid doet hierbij een aantal specifieke vragen rijzen ⁸¹: 1) kan de rechtsverhouding door de overheid worden gewijzigd (al dan niet toepassing van het *beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst*); 2) kan de rechtsverhouding eventueel bij toepassing van artikel 16, B, van de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor werken, leveringen en diensten ⁸² worden gewijzigd op grond van gewijzigde omstandigheden?; 3) geldt het beginsel van de *continuïteit van de openbare dienst* zodat geen gedwongen tenuitvoerlegging tegen de overheid mogelijk is, de overheid wel over executiemogelijkheden beschikt en de niet-uitvoeringsexceptie niet tegen de overheid kan worden ingeroepen? Indien sprake is van een administratief contract, dan zullen de voornoemde vragen in de regel be-

Om die reden vallen deze bepalingen buiten het bestek van dit preadvies.

⁷⁵ Het probleem van de oorzaak moet worden onderscheiden van die van de niet uitgedrukte oorzaak, de valse of de ongeoorloofde oorzaak.

⁷⁶ VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1973, tweede druk, 338-344.

⁷⁷ Voor het verder betoog worden buiten beschouwing gelaten andere beleidsdoeleinden dan de bescherming van particuliere belangen. Evenwel lopen in de praktijk dikwijls vele beleidsdoeleinden door elkaar zodat niet altijd duidelijk is of en in welke mate particuliere belangen worden beschermd.

⁷⁸ Artikel 1678 (1) Ger.W. verbiedt dat een der partijen een bevoorrechte positie heeft bij de samenstelling van het scheidsrecht; artikel 1700 Ger.W. verbiedt het opnemen van arbitrage naar billijkheid (*amiable composition*) in een arbitraal beding.

⁷⁹ Zo ook BOURGOIGNIE, T., *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 336-339.

⁸⁰ De prijzenreglementering is een duidelijk voorbeeld; zie bijvoorbeeld artikel 1, § 2, Prijzenwet (stelsel van de *normale prijs*) zoals becommentarieerd door DE VROEDE, P. en FLAMÉE, M., *Handboek van het Belgisch economisch recht*, Antwerpen, Kluwer, 1988, derde druk, 446-450.

⁸¹ Zie VAN GERVEN, W. en WYCKAERT, M., *l.c.*, 1730-1744. Het beginsel van de gebruiksgelijkheid werd reeds in randnummer 10 besproken.

⁸² M.B., 10 augustus 1977.

vestigend worden beantwoord. Alsdan zal een ongelijkheid tussen de partijen optreden gemotiveerd door het algemeen belang, nl. de uitoefening van een openbare dienst. Wanneer het gaat om een overeenkomst met de overheid, dan geldt echter in beginsel de abstracte gelijkheid van de contractanten en zullen de marktverhoudingen in belangrijke mate de inhoud van de overeenkomst bepalen.

27. Veel duidelijker is de privaatrechtelijke bescherming wanneer de wetgever rechtstreeks in het privaatrecht ingrijpt. Dit proces heeft zich geleidelijk voltrokken. De beschermingsbehoefte met het oog op enig herstel van feitelijke ongelijkheden, werd voor het eerst aan het begin van deze eeuw gevoeld ten aanzien van werknemers. Door wetgeving uit 1929, 1951 en 1969 werden landpachters beschermd; 1931 en 1951 zien vervolgens wetgeving ten gunste van handelshuurders ontstaan⁸³. Tijdens de crisis van de jaren dertig worden onder meer spaarders en leners⁸⁴ beschermd. In 1957 volgen consumenten ten aanzien van koop en lening op afbetaling, in 1961 concessiehouders, in 1965 cursisten van betaalonderwijs per correspondentie⁸⁵, in 1971 kopers van woningen op plan, in 1973 reizigers⁸⁶ en na 1975 op bescheiden wijze verzekeringnemers en verzekerden⁸⁷. Tijdens de laatste wetgevende zittingsperiode

⁸³ Zie BAETEMAN, G., «Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés», noot onder Cass., 6 december 1956, *R.C.J.B.*, 1960, 165-168.

⁸⁴ Zie vooral artikel 1907ter B.W., dat gekwalificeerde benadeling wettelijk invoert ten aanzien van geldlening.

⁸⁵ Artikelen 23 en 24 Wet van 5 maart 1965.

⁸⁶ Wet van 30 maart 1973 betreffende het reiscontract tot goedkeuring van het Verdrag van Brussel van 23 april 1970 (C.C.V.).

⁸⁷ Wet van 9 juli 1975 betreffende de controle op de verzekeringsondernemingen. In dit opzicht was vooral artikel 21 van het uitvoeringsbesluit van 12 maart 1976 belangrijk dat bepaalde dat de algemene en bijzondere voorwaarden van de verzekeringsovereenkomsten in duidelijke en nauwkeurige bewoordingen moeten worden opgesteld. De voorwaarden mochten bovendien geen clausules bevatten die een inbreuk vormen op de *gelijkwaardigheid tussen de verbintenissen van verzekeraar en verzekeringnemer*. Deze bepalingen werden in artikel 14 van het nieuwe uitvoeringsbesluit van 22 februari 1991 (*B.S.*, 11 april 1991, 7483) overgenomen. Deze bepalingen zijn in de jurisprudentie echter nauwelijks toegepast (zie CLAASSENS, H., noot onder Kh. Kortrijk, 25 februari 1991, *T.B.H.*, 1991, 1127, en Bergen, 7 november 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 622, *Rev.Reg.Dr.*, 1990, 366). De sanctie op de voornoemde bepalingen was krachtens artikel 19, § 2, Controlewet de nietigheid van het polisbeding. Ingevolge een wijziging van de Controlewet bij wet van 19 juli 1991 (*B.S.*, 9 augustus 1991) worden de polisbedingen krachtens het nieuwe artikel 19bis niet langer met nietigheid gesanctioneerd doch zij worden geacht in overeenstemming te zijn met de wettelijke bepalingen. De privaatrechtelijke draagwijdte van deze bepaling is onduidelijk; men zou kunnen verdedigen dat artikel 19bis Controlewet de rechter machtigt om bedingen die de gelijkwaardigheid tussen verzekeraar en verzekeringnemer aantasten, te corrigeren tot een zodanige gelijkwaardigheid is bereikt. Dit geldt echter krachtens artikel 19bis, derde lid, niet voor de tarieven.

Krachtens artikel 19 Controlewet werden ook nieuwe regelingen uitgewerkt voor de verzekering BA Privé-Leven en de brandverzekering (K.B. 1 februari 1988 betreffende de verzekering tegen brand en andere gevaren met betrekking tot de zogenaamde eenvoudige risico's, *B.S.*, 1 maart 1988, 2888; zie DE LY, F., «De regulering van de brandverzekering», *R.W.*, 1988-89, 33-49; *La nouvelle réglementation de l'assurance-incendie*, FONTAINE, M. (red.), Louvain-la-Neuve, Academia, 1989, 152 p.). Ingevolge de Europese Richtlijn

komt dan een meer uitgebreide bescherming van huurders⁸⁸, gebruikers van financiële diensten⁸⁹ en consumenten (W.H.P.⁹⁰ en de reeds geciteerde Wet Consumentenkrediet⁹¹). Bescherming van handelsagenten⁹² en ten aanzien van pakketreizen⁹³ — ter uitvoering van Europese Richtlijnen — ligt in het verschieft evenals — na ongeveer zestig jaar voorbereiding — een uitgebreide bescherming van verzekeringnemers en verzekerden⁹⁴.

28. In die regelingen kan men een aantal gemeenschappelijke beschermingskenmerken terugvinden. Allereerst strekken zij tot bescherming van een aantal categorieën groepen waarvan *in abstracto* wordt aangenomen dat zij beschermingsbehoefte zijn, zonder dat dit hoeft te worden

Rechtsbijstandsverzekering, kwam ook een nieuwe regeling inzake de rechtsbijstandsverzekering tot stand (K.B. 12 oktober 1990, *B.S.*, 8 november 1990, 21.201; zie DELVAUX, P., «La protection des assurés dans l'assurance de protection juridique», *D.C.C.R.*, 1990-91, 611-620; VAN DEN HEUVEL, J., «Rechtsbijstandsverzekering», *R.W.*, 1990-91, 1080-1082; *De nieuwe reglementering inzake rechtsbijstandsverzekering*, COLLE, P. (red.), Antwerpen, Maklu, 1991, 97 pp.).

⁸⁸ Wet van 20 februari 1991 houdende wijziging van de bepalingen van het B.W. inzake huishuur, *B.S.*, 22 februari 1991, 3467; zie VAN KERCKHOVE, J. en ROMMEL, G., «Lois des 20 février et 1er mars 1991 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer», *J.T.*, 1991, 321-339; VAN OEVELEN, A., «Het nieuwe huurrecht anno 1991», *R.W.*, 1990-91, 1459-1488; *Woninghuur en nieuw algemeen huurrecht*, Brugge, Die Keure, 1991, 229 pp.; MEULEMANS, D., *De nieuwe Woninghuurwet*, Kalmthout, Biblo, 1991, 189 pp.; VAN OEVELEN, A., *Het nieuwe huurrecht anno 1991*, Antwerpen, Maklu, 1991, 85 pp.

⁸⁹ Wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, *B.S.*, 22 december 1990, en haar uitvoeringsbesluiten; zie BRUYNEEL, A., «La loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers: premières réflexions», *Bank Fin.*, 1991, 207-210.

⁹⁰ Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *B.S.*, 29 augustus 1991, 18712; voor een eerste commentaar zie DIRIX, E., «De bezwarende bedingen in de W.H.P.», *R.W.*, 1991-92, 562-572, en vooral 564; DE VROEDE, P., «De wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument», *R.W.*, 1991-92, vooral 797.

⁹¹ Voor een eerste povere commentaar ten aanzien van de onrechtmatige bedingen, zie DE MEUTER, S. en VAN VLASELAER, M.J., «Wet op het consumentenkrediet: de onrechtmatige bedingen», *D.C.C.R.*, 1991, 798-809; zie verder DE MEUTER, S. en VAN VLASELAER, M., «Informatie- en raadgevingsplicht en de aansprakelijkheid van de kredietgever in de Wet van 12 juni 1991 op het Consumentenkrediet», *D.C.C.R.*, 1991-92, 790-797; DOMONT-NAERT, F., «Crédit à la consommation: de la Directive du 22 décembre 1986 à la loi du 12 juin 1991», *D.C.C.R.*, 1991-92, 775-789; GEURTS, R., «Contrôle, constatation et répression des actes interdits», *D.C.C.R.*, 1991-92, 810-835.

⁹² Richtlijn 86/653 van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgeving van de Lid-Staten inzake zelfstandige handelsagenten, *Pb. L* 382, 31 december 1986, 17.

⁹³ Richtlijn 90/314 van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten, *Pb. L* 158, 23 juni 1990, 59.

⁹⁴ Wetsontwerp betreffende de landverzekeringsovereenkomst. Voor een overzicht zie DENOEL, N., «Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre», *De Verz.*, 1991, 9-64 en 521-523. Opmerkelijk is dat de bepalingen van het ontwerp in beginsel dwingend zijn.

aangetoond⁹⁵. Zelfs indien de afwezigheid van beschermingsbehoefte zou worden aangetoond, blijft de wettelijke bescherming overeind. Dit vergemakkelijkt weliswaar de toepassing van die regelingen maar anderzijds heeft het wel tot gevolg dat in een beperkt aantal gevallen de gelijkheidscorrectie nieuwe feitelijke ongelijkheden creëert.

29. Bovendien is niet altijd duidelijk wie door een regeling wordt beschermd⁹⁶. Een nauwkeurige analyse van de strekking van de beschermingsnorm is dan ook noodzakelijk. Dit is bijvoorbeeld het geval inzake de verzekering B.A. Privé-Leven. Artikel 7 van het K.B. van 12 januari 1984, dat de minimumgarantievoorwaarden voor deze verzekering vastlegt, bepaalt dat iedere verzekeringsovereenkomst B.A. Privé-Leven een beding ten gunste van de benadeelde derde moet bevatten. Hierbij is de vraag gerezen of de benadeelde derde dan wel alleen de verzekeringnemer de bescherming kan inroepen die de minimumgarantievoorwaarden bieden⁹⁷. De vraag naar de kring der beschermden is belangrijk ten aanzien van de vraag wie de mogelijke sancties kan inroepen. In beginsel is de sanctie immers een relatieve nietigheid die enkel door de beschermde kan worden ingeroepen en niet door de «sterkere» partij⁹⁸, door derden of door de overheid bij monde van het openbaar ministerie⁹⁹ of ambtshalve door de rechter¹⁰⁰.

30. De bescherming is meestal tijdelijk. Zij begint wanneer partijen tot elkaar in een bijzondere verhouding komen te staan en blijft in beginsel bestaan zolang de feitelijke ongelijkheid bestaat. Bescherming kan zich dan richten op de totstandkoming van de overeenkomst¹⁰¹, haar inhoud¹⁰²,

⁹⁵ Robert Kruithof heeft er terecht op gewezen dat beschermingsmaatregelen niet louter op grond van beschermingsbehoefte worden ingevoerd maar tevens op politieke macht berusten (KRUIHOF, R., «Leven en dood van het contract», *R.W.*, 1985-86, 2741 en 2747).

⁹⁶ Zie echter wel artikel 13 van de wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen.

⁹⁷ Zie DE LY, F., «K.B. van 12 januari 1984 tot vaststelling van de minimumgarantievoorwaarden van de verzekeringsovereenkomsten tot dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid buiten overeenkomst met betrekking tot het privé-leven», in *Commentaar Handels-, economisch en financieel recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, art. 2-3.

⁹⁸ BAETEMAN, G., *l.c.*, 170.

⁹⁹ Dit laatste wordt vertoed wanneer er zowel civiele als strafrechtelijke sancties zijn. De strafrechtelijke sanctionering kan er dan immers op wijzen dat geen relatieve maar absolute civiele sanctie aanwezig is.

¹⁰⁰ Onder de nieuwe W.H.P., zie DIRIX, E., *l.c.*, 565 en DE VROEDE, P., «De wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument», *R.W.*, 1991-92, 797, die pleiten voor relatieve nietigheid; *contra* BOURGOIGNIE, T. en BALATE, E., «Le traitement des clauses abusives et droit belge : examen critique au regard du projet 826 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur», *T.B.H.*, 1989, 655-656, en FAGNART, J.L., «Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur», *T.B.H.*, 1991, 279.

¹⁰¹ Men denke aan inhoudelijke of vormvereisten voor de geldigheid van de overeenkomst.

¹⁰² In dat opzicht zullen allerlei beperkingen worden ingevoerd ten aanzien van bedingen die als bezwaarlijk worden gezien.

uitvoering, beëindiging¹⁰³ of bewijs. Vrij recent is het inzicht dat ook het totstandkomingsproces regulering zou kunnen behoeven. Artikel 11 Brandverzekeringsbesluit bevat bijvoorbeeld een regeling inzake verzekeringsvoorstellen, voorondertekende polissen en dekkingsaanvragen¹⁰⁴. Geformaliseerde contractssluitingsprocessen kunnen voor zwakkere groepen ongunstig uitpakken zodat regelgeving hier ook wenselijk kan zijn. Inzake verkoop op afstand en verkopen gesloten buiten de onderneming van de verkoper hebben de artikelen 78 en 89 W.H.P. bepalingen ingevoerd krachtens welke eveneens de totstandkomingsfase geregeld wordt; deze verkopen zijn slechts «volkomen» na verloop van een bedenktijd waarbinnen de consument de totstandkoming van de overeenkomst kan verhinderen. Veelal verdwijnt de noodzaak van bescherming wanneer de druk die de sterkere partij op de zwakkere kan leggen, ophoudt. Dit is het geval op het moment dat de overeenkomst wordt beëindigd. Partijen herkrijgen dan hun vrijheid en de zwakkere partij behoeft dan niet langer bescherming. Zij kan vanaf dat ogenblik over haar rechten beschikken en afstand doen van haar rechten of de relatieve nietigheid bevestigen. Het juiste ogenblik waarop de bescherming eindigt, vergt echter nadere precisering¹⁰⁵. Artikel 42 Arbeidsovereenkomstenwet ziet bijvoorbeeld duidelijk in dat zelfs op het moment van beëindiging druk op de werknemer mogelijk blijft; kwijting voor saldo van rekening op het ogenblik dat de arbeidsovereenkomst een einde neemt, impliceert dan niet dat de werknemer afstand doet van zijn rechten.

31. Aangezien zij voor het algemeen contractenrecht bijzonder belangrijk is omdat zij – voor zover toepasselijk – een algemene toetsing van contractsbepalingen heeft ingevoerd, wordt hier ietwat langer stilgestaan bij de recente W.H.P. Naast de *zwarte lijst* van 21 bedingen van artikel 32 W.H.P., waarvan de rechter krachtens artikel 33, § 2, W.H.P. de nietigheid moet vaststellen, bestaat ook een *algemene toetsingsnorm*. Artikel 31 juncto 33, § 1, W.H.P. staat de rechter immers toe bedingen op hun rechtmatigheid te toetsen. Bedingen in verkopen van produkten of diensten aan consumenten¹⁰⁶ kunnen alsdan – alleen of in combinatie met andere bedingen – onrechtmatig zijn indien zij een *kennelijk onevenwicht* tussen de rechten en plichten van partijen scheppen. Krachtens deze open norm wordt ruime appreciatiebevoegdheid aan de rechter gedelegeerd ten einde bedingen in consumententransacties te toetsen¹⁰⁷. Volgens

¹⁰³ In een aantal gevallen, zoals in artikel 18 Wet Consumentenkrediet, heeft de wetgever een nieuwe beëindigingsgrond ingevoerd, nl. een eenzijdig terugtrekrecht van de kredietnemer binnen een bedenktijd. Deze regeling geldt echter niet voor verkoop op afbetaling en financieringshuur.

¹⁰⁴ Zie DE LY, F., *l.c.*, 42-43.

¹⁰⁵ Een duidelijk tijdstip ontbreekt bijvoorbeeld in artikel 6 van de Alleenverkoopwet. Artikel 13 van de wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, artikel 1700 Ger.W., artikel 1678 (2) Ger.W. en artikel 13 Arbeidsovereenkomstenwet hebben echter wel een duidelijk tijdstip bepaald.

¹⁰⁶ Consument wordt omschreven als iedere fysieke persoon of rechtspersoon die uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden produkten of goederen verwerft (artikel 1, sub 7, W.H.P.).

¹⁰⁷ De wenselijkheid van een dergelijke open norm werd door Fagnart betwijfeld (*l.c.*, 280). Volgens deze auteur zouden de theo-

Dirix zou deze toetsing niet de gelijkwaardigheid van de prestaties doch enkel de juridische omkadering betreffen ¹⁰⁸. De toetsingsvorm zou marginaal zijn en het toetsingscriterium het suppletieve recht. Bedingen die alsdan kennelijk afwijken van het suppletieve recht, zouden onrechtmatig zijn ¹⁰⁹. Dit doet sterk denken aan de opvatting van Ronse dat het gebruik van standaardvoorwaarden als een partijbeslissingsrecht kan worden gezien dat marginaal kan worden getoetst ¹¹⁰.

De voornoemde opvatting kan wellicht genuanceerd worden. Dirix' onderscheid lijkt nogal formalistisch; toetsing van het evenwicht tussen de contractsprestaties en toetsing van de gestipuleerde bedingen kunnen immers niet altijd worden gescheiden. Mede omdat zij economisch relevant zijn, worden standaardvoorwaarden gebruikt en beïnvloeden zij de contractprestaties. Exoneratiebedingen bepalen bijvoorbeeld de contractuele aansprakelijkheid en dus de hoogte van de verzekeringspremie die op haar beurt in de eindprijs moet worden verdisconteerd. Het juridisch kader heeft een weerslag op de omvang van prestaties en toetsing van het kader impliceert dan ook onderzoek naar het contractueel evenwicht. In die mate kan het contractueel evenwicht zeker gecorrigeerd worden door de nietigverklaring van onrechtmatige bedingen.

Naast die mogelijkheid tot indirecte toetsing van het contractueel evenwicht, dient de vraag zich aan of rechtstreekse toetsing mogelijk is. In ieder geval is duidelijk dat de rechter behoedzaam moet toetsen, en de *Generalklausel* van artikel 31 W.H.P. niet bedoeld is als instrument voor chicanes met het oog op wijziging van contracten waarvan men spijt heeft gekregen. Door marginale toetsing wordt de controle op de onrechtmatigheid van bedingen bovendien sterk beperkt. Marginale toetsing is echter iets anders dan formele toetsing; laat artikel 31 W.H.P. in dit verband inhoudelijke toetsing naar het evenwicht van de prestaties toe?

Aan Dirix' analyse kan scherpzinnigheid worden toegeschreven; men moet inderdaad artikel 31 W.H.P. afstemmen op contractsvrijheid en *pacta sunt servanda* ¹¹¹. Nog juist is het wellicht artikel 31 W.H.P. te betrekken op de leer van de gekwalificeerde benadeling (zie infra nr. 33). De vraag is dan of het evenwicht tussen de contractuele prestaties enkel op basis van die leer kan worden getoetst dan wel of artikel 31 W.H.P. ook grondslag voor een dergelijke toetsing kan vormen. Dirix' opvatting leidt er dan toe dat enerzijds wordt aanvaard dat artikel 31 W.H.P. — los van gekwalificeerde benadeling — wel toetsing van bedingen toelaat maar het evenwicht van de contractuele prestaties enkel op grond van gekwalificeerde benadeling kan worden aangevochten en niet op basis van artikel 31 W.H.P. Waarmee zouden bedingen waarover overeenstemming bestond, wel kunnen worden getoetst doch niet de contractvoorwaarden zoals prijs, loon, plaats van levering, modaliteiten van

levering of leveringstermijnen ¹¹²? Men kan dan ook zijn twijfels hebben omtrent de vraag of het onderscheid tussen bedingen en prestaties duidelijk is en of geen beperkte inhoudelijke toetsing mogelijk is. De bewoordingen van artikel 31 lijken zich daar niet tegen te verzetten. In dit opzicht kan men naar het Franse recht verwijzen, dat wellicht de redactie van artikel 31 W.H.P. heeft beïnvloed ¹¹³. Artikel 28 van het Franse wetsontwerp bevatte dezelfde bewoordingen als artikel 31 W.H.P.; uiteindelijk is artikel 28 van het ontwerp herschreven tot wat artikel 35 van de wet van 10 januari 1978 betreffende de bescherming en voorlichting van de consument (*Loi Scrivener*) is geworden. Dit laatste artikel bepaalt dat bedingen onrechtmatig zijn indien zij onder meer een *overdreven voordeel* opleveren voor de gebruiker van deze bedingen. Middels deze redactie heeft men een te sterke verwijzing naar de totstandkoming van de overeenkomst (bedingen die een kennelijk gebrek aan evenwicht tussen rechten en plichten van partijen inhouden) en naar de leer der benadeling willen vermijden ¹¹⁴. Men kan dit uitleggen als indicatie van het feit dat benadeling, buiten het leerstuk van de gekwalificeerde benadeling om, zou kunnen worden bestreden ¹¹⁵. In België zou dat dan via artikel 31 W.H.P. kunnen gebeuren. Vervolgens is er de vraag of beperkte inhoudelijke toetsing spoort met de objectieven die de wetgever voor ogen stonden. In het algemeen wordt de wetgeving geïnspireerd door de zorg om consumenten te beschermen. Deze veralgemening lost het probleem echter niet op; een meer specifieke benadering is dan ook nodig. Ziet men de artikelen 31-35 W.H.P. exclusief als bescherming tegen excessieve standaardvoorwaarden, dan zou men de opvatting van Dirix kunnen volgen ¹¹⁶. Aangezien de artikelen 31-33 echter ook toepasselijk zijn op «uitonderhandelde» contracten, kan men hieruit afleiden dat men niet alleen tegen standaardvoorwaarden heeft willen beschermen doch in het algemeen de rechtspositie van de consument heeft willen versterken. Uit de zwarte lijst blijkt bovendien dat de wetgever wel rechtstreeks in een beperkt aantal contractcondities (inzake wijziging van prijs of kenmerken of inzake leveringstermijnen) heeft willen ingrijpen. Uit artikel 34 volgt ten slotte dat men de mogelijkheid heeft willen scheppen om gelijkere machtsverhoudingen te creëren. Al bij al krijgt men dus een diffuus beeld inzake de doeleinden van de wetgever. In ieder geval lijkt me het standpunt van Dirix te eenvoudig en te weinig genuanceerd. Ik zou op dit ogenblik een marginale

¹¹² Het belang dat de wetgever aan deze condities hecht, blijkt overigens ook uit de lectuur van de zwarte lijst waar de consument ten aanzien van een aantal elementen zoals prijs- of produktwijzigingen of leveringstermijnen wordt beschermd.

¹¹³ Dezelfde bewoordingen vindt men ook in artikel 2 (1) van het voorstel voor een Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb. C* 243, 28 september 1990, 2.

¹¹⁴ GHESTIN, J., «Le rétablissement de l'équilibre contractuel par l'élimination des clauses abusives: l'enseignement du droit français», in *Handelspraktijken & voorlichting en bescherming van de consument*, BALATE, E. en STUYCK, J. (red.), Brussel, Story-Scientia, 1988, 151.

¹¹⁵ *Contra* GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Le contrat: formation*, tweede druk, Parijs, L.G.D.J., 1988, nr. 589.

¹¹⁶ Zie bijvoorbeeld ook artikel 231, Boek 6 NBW, waar de kern van prestaties in algemene voorwaarden ontoetsbaar blijft. Wat onder kernprestaties moet worden verstaan, wordt restrictief uitgelegd; in ieder geval wordt de prijs daartoe gerekend.

rieën van de gekwalificeerde benadeling, van het rechtsmisbruik en van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten reeds voldoende bescherming bieden.

¹⁰⁸ Zo ook wellicht FAGNART, J.L., *l.c.*, 278.

¹⁰⁹ DIRIX, E., *l.c.*, 566-567.

¹¹⁰ RONSE, J., *l.c.*, 211-220.

¹¹¹ Zie DIRIX, E., *l.c.*, 564.

toetsing van contractcondities in consumententransacties niet *per se* willen uitsluiten. Men zou tot slot kunnen tegenwerpen dat economische reglementering in dit opzicht als instrument moet worden gebruikt (men denke aan prijzenwetgeving). Toch valt moeilijk in te zien hoe dit voor alle soorten al dan niet gestandaardiseerde transacties betreffende goederen en diensten zou moeten worden gerealiseerd. Beperkte privaatrechtelijke toetsing lijkt dan ook in dit perspectief niet onwenselijk of onnodig.

Voor de problematiek van de gelijkheid is het voorgaande belangrijk. In Dirix' opvatting zou er een onderscheid bestaan tussen de juridische gelijkheid van partijen en de gelijkwaardigheid van hun prestaties. Artikel 31 W.H.P. zou enkel eerstgenoemde gelijkheid waarborgen door beide partijen evenwichtige bedingen te geven. Het zou zich echter niet inlaten met de omvang van de prestaties. Feitelijke ongelijkheden zouden dan ook ten aanzien van de prestaties kunnen blijven doorwerken. In een andere benadering zouden feitelijke ongelijkheid ook ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst ten gunste van de consument in beperkte mate kunnen worden hersteld.

Het toetsingscriterium dat Dirix voorstelt, lijkt me bovendien in een aantal gevallen problematisch. In contracten worden immers vaak nieuwe constructies en technieken bedacht. Op die terreinen bestaat geen suppletief recht en zal op een andere wijze moeten worden getoetst.

Bovendien rijst de vraag of men de problematiek van de onrechtmatige bedingen atomistisch mag bekijken of niet meer in samenhang met andere contracten. Kan men bijvoorbeeld kennelijk gebrek aan evenwicht tussen rechten en verplichtingen van partijen aanvaarden indien kleine onevenwichtigheden in duizenden contracten met consumenten tot een kennelijk gebrek aan evenwicht voert op macro-niveau? Men mag betwijfelen of artikel 31 W.H.P. een dergelijke afweging mogelijk maakt. Artikel 34 W.H.P. lijkt immers correcties inzake machtsverhoudingen tussen consumenten en gebruikers van standaardvoorwaarden over te laten aan de uitvoerende macht, die bepaalde clausules in bepaalde sectoren kan verbieden of opleggen of modelcontracten kan invoeren. Zelfregulering of andere vormen van overheidsregulering (bv. prijzenwetgeving) zijn andere correctiemechanismen.

32. Naast de wetgever hebben rechtsleer en rechtspraak de gelijkheidsgedachte eveneens vorm gegeven. Verschillende technieken werden in dit opzicht gebruikt om de contractsvrijheid in te dammen ten gunste van gelijkheidsobjectieven. Een eerste toepassing vindt men in de *vertrouwensleer*. Deze theorie corrigeert de wilsleer; een discrepantie tussen werkelijke wil en verklaarde wil kan er volgens deze laatste leer niet toe leiden dat contractuele gebondenheid ontstaat. De vertrouwensleer kijkt echter verder dan de belangen van diegene die zich verbindt. Indien de wederpartij er rechtmatig op mocht vertrouwen dat de andere partij gebonden was, wordt het contract ook toegerekend aan deze laatste partij. Oorspronkelijk baseerde men deze leer vooral op onrechtmatige daad (artikel 1382 B.W.). Deze grondslag werd al vlug als te eng beschouwd en Van Gerven stelde voor de vertrouwensleer op goede trouw (billijkheid) en rechtszekerheid te schragen ¹¹⁷. Andere auteurs zien vertrouwen

als een zelfstandige bron van verbintenissen. Een recent casatiearrest heeft de vertrouwensleer losgekoppeld van onrechtmatige daad en heeft ze erkend ten aanzien van schijnlastgeving ¹¹⁸. Hieruit kan contractuele gebondenheid in strijd met de wil van een der partijen voortvloeien en dus tevens inbreuk op het beginsel van de contractsvrijheid. Men kijkt dan ook niet langer uitsluitend naar diegene die zich verbindt, maar men gaat ook rekening houden met de toekomstige medecontractant wiens belangen als beschermenswaardig worden beschouwd. Niet alleen de vrijheid van de ene partij maar ook die van de andere die mocht uitgaan van contractuele gehoudenheid, zijn van belang. De abstracte gelijkheid van partijen eist dan ook dat niet louter de wil van de ene partij het discrepantieprobleem oplost maar dat de belangen van de andere partij worden meegenomen in het afwegingsproces. Uiteindelijk zal echter vooral een derde waarde, nl. de billijkheid, beslissen dat het rechtmatig vertrouwen van de derde voorgaat op de belangen van diegene die zich verbindt ¹¹⁹.

33. Een tweede toepassing van ontwikkelingen in verband met het gelijkheidsbeginsel vindt men terug bij *gekwalficeerde benadeling*. Hoewel de Code civil benadeling niet als algemeen wilsgebrek had aanvaard, hebben jurisprudentie en doctrine toch duidelijke gevallen van benadeling die men beter kan omschrijven met *misbruik van omstandigheden* ¹²⁰, gesanctioneerd. Verschillende grondslagen kunnen hiervoor gebruikt worden, maar de ongeoorloofde oorzaak ¹²¹ en de leer van het rechtsmisbruik ¹²² kunnen hier toch het meest overtuigen ¹²³. Recente ontwikkelingen kunnen er tevens

¹¹⁸ Cass., 20 juni 1988, A.C., 1987-88, 1365, R.W., 1989-90, 1425, noot VAN OEVELEN, A., T.R.V., 1989, 540, noot CALLENS, P. en STIJNS, S., R.C.J.B., 1991, 45, noot KRUTHOF, R. Zie FORIERS, P.A., «L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi», J.T., 1989, 541-546; VEROUSTRATE, I., «Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten», T.P.R., 1990, 181-214.

Veroustraete heeft de draagwijdte van dit arrest – steunend op rechtszekerheid – beperkt tot de externe betrekkingen tussen derde en schijnlastgever (*l.c.*, 195-214). De vertrouwensleer zou in deze beperkte visie niet toepasbaar zijn ten aanzien van contractsvorming.

¹¹⁹ Zie VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, 222-223. Andere auteurs hebben eveneens de goede trouw als grondslag van gebondenheid aanvaard; zie VAN OEVELEN, A., noot onder Cass., 20 juni 1988, R.W., 1989-90, 1429; FORIERS, P.A., *l.c.*, 545-546; PHILIPPE, D., «De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst», in *De overeenkomst vandaag en morgen*, STORME, M., MERCHIERS, Y. en HERBOTS, J. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1990, 557. Voor een kritiek op grond van de beperking van de goede trouw tot het contractuele veld (en de niet-toepassing op de totstandkoming van overeenkomsten), zie KRUTHOF, R., «La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase», noot onder Cass., 20 juni 1988, R.C.J.B., 1991, 62-64.

¹²⁰ Voor wettelijke gevallen van gekwalficeerde benadeling buiten het B.W. om, zie DE BONDT, W., *De leer der gekwalficeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 6-10; *adde* bij misbruik van machtspositie, artikel 3, tweede lid, a, Mededingingswet.

¹²¹ Cass., 9 juli 1936, *Pas.*, 1936, I, 346; Cass., 21 september 1961, *Pas.*, 1962, I, 91 (impliciet).

¹²² DE BERSAQUES, A., «La lésion qualifiée et sa sanction», noot onder Kh. Brussel, 20 februari 1970, R.C.J.B., 1977, 10-37; DE BONDT, W., *De leer der gekwalficeerde benadeling, o.c.*, 316 p.

¹²³ Voor een mooie analyse, zie VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, 338-344 en 349-356.

¹¹⁷ VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, 221-226 en 307.

toe bijdragen dat de precontractuele goede trouw hier een rol zou gaan spelen indien partijen zich in de totstandkomingsfase in een bijzondere relatie tot elkaar zouden gaan bevinden.

Bij gekwalificeerde benadeling staat de gedachte centraal dat overeenkomsten waaraan een duidelijke vrije consensus beantwoordt, toch kunnen worden aangetast indien een der contractanten onder bepaalde omstandigheden duidelijk werd benadeeld. Men kan zich hierbij voorstellen dat men dan aanneemt dat de vrije wilsvorming bij de benadeelde was aangetast zodat ook in een stelsel van contractsvrijheid tot correctie kan worden overgegaan. Gekwalificeerde benadeling zou dan als een wilsgebrek worden geconstrueerd. Dit ketst echter af op het systeem van de Code civil, dat nauwelijks openingen laat om gekwalificeerde benadeling als wilsgebrek te kwalificeren¹²⁴. Systeemgetrouwheid gebiedt dan te aanvaarden dat partijen met de overeenkomst hadden ingestemd. Men moet dan ook andere paden, zoals strijdigheid met de goede zeden of rechtsmisbruik, bewandelen om gekwalificeerde benadeling aan te pakken. Voor dit preadvies is vooral de vaststelling belangrijk dat het leerstuk van de gekwalificeerde benadeling niet spoort met de contractsvrijheid. De vraag is dan waarom naar technieken wordt gezocht om vrijelijk tot stand gekomen overeenkomsten te corrigeren. Men kan dit verbinden met de voornoemde behoefte aan meer *feitelijke gelijkheid*. Het wordt dan als niet redelijk gezien dat feitelijke ongelijkheden in te belangrijke mate doorwerken in de contractuele verhoudingen. Een sterkere partij zou haar vrijheid niet mogen misbruiken indien dit leidt tot een te grote onvrijheid (benadeling) van de andere partij. In de rechtsorde vindt men dan ook – dikwijls vrij intuïtief – op een gegeven moment de waarde van de feitelijke gelijkheid waarover een voldoende consensus bestaat. Meestal wordt dan binnen het systeem een *kapstok* gezocht om er dit aan op te hangen. Open normen zoals goede zeden of rechtsmisbruik zijn dan bijzonder dienstig maar verhullen terzelfder tijd de rechtsvinding door jurisprudentie en doctrine.

34. Het gelijkheidsbeginsel lijkt ook een rol te spelen bij de uitlegging van overeenkomsten¹²⁵. Krachtens artikel 1162 B.W. moet bij twijfel omtrent de werkelijke bedoeling der partijen uitgelegd worden ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft. Lange tijd werd dit geïnterpreteerd als een regel van schuldenaarsbescherming; diegene die zich heeft verbonden moet kunnen rekenen op een voor hem gunstige interpretatie. Cassatierechtspraak heeft met die opvatting gebroken. De beschermingsregel beoogt niet de belangen van de schuldenaar maar wel van diegene in wiens nadeel het beding werkt. Uitlegging moet dus geschieden ten voordele van diegene in wiens nadeel en ten nadele van diegene in wiens voordeel het beding speelt¹²⁶. Exoneratiebedingen worden dan ook uitgelegd ten nadele en boetebedingen ten voordele

van de aansprakelijke. Ten aanzien van standaardbedingen gaat de lagere rechtspraak eveneens interpreteren ten nadele van de gebruiker van de voorwaarden of gaat men van het gemene recht afwijkende bepalingen beperkend uitleggen¹²⁷.

35. Het gelijkheidsbeginsel kan ook worden teruggevonden in het leerstuk van de *goede trouw*¹²⁸. Lange tijd is dit een ondergeschoven kind van het Franse en Belgische verbintenissenrecht geweest. Vooral na het cassatiearrest van 19 september 1983¹²⁹, dat misbruik van contractuele rechten niet langer via artikel 1382 B.W. maar wel via artikel 1134, derde lid, B.W. ging toetsen¹³⁰, heeft het leerstuk de

¹²⁷ KRUTHOF, R., «Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, 595. Zie echter VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1986, 177.

¹²⁸ BAERT, F., «De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten», *R.W.*, 1956-57, 489-516; KRUTHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., «Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1975, 505-508; WILMS, W., «De botsing der systemen in het Belgische verbintenissenrecht. Naar een structurele analyse van de 'goede trouw'», *Jura Falc.*, 1980-81, 9-27; FONTAINE, M., «Portée et limites du principe de la convention-loi», in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Jeune barreau, 1984, 170-177; RAUWS, W., «Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983», *T.B.H.*, 1984, 246; DE BONDT, W., «Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht», *T.P.R.*, 1984, 110-117; DUFRENE, S., noot onder Cass., 19 september 1983, *J.T.*, 1985, 56-59; DE BONDT, W., *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 263-280; VAN GERVEN, W., en DEWAELE, A., «Goede trouw en getrouw beeld», *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 103-126; COUSY, H., «De rol van de goede trouw in het verzekerscontract», *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 11-29; VAN OMMESLAGHE, P., «L'exécution de bonne foi, principe général de droit?», *T.B.B.R.*, 1987, 101-110; FAGNART, J.L., «L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion», noot onder Cass., 19 september 1983, *R.C.J.B.*, 1986, 291-292; BOSMANS, M., noot onder Vred. Borgerhout, 19 september 1985, *T.Vred.*, 1987, 152-156; VAN OEVELEN, A., «De goede trouw bij de keuze tussen de gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van een wederkerige overeenkomst (art. 1184 B.W.)», noot onder Cass., 16 januari 1986, *R.W.*, 1987-88, 1471-1473; DUBAERE, J., «Een brug over troebel water», *R.W.*, 1988-89, 1417; GEELHAND, N., «Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1989, 926-940; STORME, M.E., «De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen», *R.W.*, 1989-90, 137-141; STORME, M.E., *De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvordering. Een onderzoek betreffende rechtsgrondslag, tekortkoming en rechtsverwerking bij overeenkomsten*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 560 p.; BOCKEN, H., «De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen», *R.W.*, 1989-90, 1041-1049; STIJNS, S., «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, 33-44; *kritisch* VEROUGSTRATE, I., *l.c.*, 213; CORNELIS, L., «Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw?», *T.P.R.*, bijzonder nummer, 1990, 240-241 en 309-310; VAN RYN, J. en DIEUX, X., «La bonne foi dans le droit des obligations», *J.T.*, 1991, 289-292; DIEUX, X., «Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé», noot onder Kh. Brussel, 16 januari 1979, *R.C.J.B.*, 1983, 394-401.

¹²⁹ *A.C.*, 1983-84, 52, *T.B.H.*, 1984, 276, noot RAUWS, W., *J.T.*, 1985, 56, noot DUFRENE, S., *R.C.J.B.*, 1986, 282, noot FAGNART, J.L.

¹³⁰ Dit arrest moet gezien worden als een uitvloeisel van de antisamenloopjurisprudentie van het Hof van Cassatie. Een scherpe scheiding tussen onrechtmatige daad en contract dwingt ertoe mis-

¹²⁴ *Contra*: BOURGOIGNIE, T., *o.c.*, 351-353.

¹²⁵ Zie BOURGOIGNIE, T., *o.c.*, 347-348.

¹²⁶ Cass., 22 maart 1979, *A.C.*, 1978-79, 860, *R.W.*, 1979-80, 2238; Cass., 27 april 1979, *A.C.*, 1978-79, 1022; Cass., 23 juni 1983, *A.C.*, 1982-83, 1311, *R.W.*, 1983-84, 2711. *Kritisch*, zie CORNELIS, L., «Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation», noot onder Cass., 22 maart 1979, *R.C.J.B.*, 1981, 218-219.

nodige aandacht gekregen. De verhouding tussen gelijkheid en goede trouw zijn echter nauwelijks aan bod gekomen. Ten einde dit te onderzoeken kan men een onderscheid maken tussen de aanvullende en de derogerende functie van de goede trouw en de aanpassing van contracten ingevolge de toepassing van de goede trouw ¹³¹.

36. Krachtens de aanvullende werking van de goede trouw, die men vooral op artikel 1135 B.W. terugvoert, verbinden overeenkomsten niet alleen tot wat partijen hebben gewild maar kunnen daarbuiten ook andere verbintenissen aan partijen worden opgelegd. Het betreft allerlei informatie- ¹³², advies-, waarschuwings-, samenwerkings- of onderzoeksplichten of de opzeggingsverbintenis bij duurovereenkomsten waarvan naar redelijkheid moet worden aangenomen dat zij ook deel van het contract vormen ¹³³. Andere auteurs hebben dit beginsel willen beperken tot de uitvoering van de overeenkomst; krachtens aanvullende werking zou de inhoud van de overeenkomst niet worden aangetast maar zouden enkel nieuwe verbintenissen worden gecreëerd ten aanzien van de wijze waarop partijen de overeenkomst uitvoeren ¹³⁴. Hierbij wordt in beginsel met de wil der partijen geen rekening gehouden; krachtens wettelijk voorschrift behoren zij tot de overeenkomst. Aangezien het echter toepassing van een blanco norm betreft, heeft de rechter

bruik van contractuele rechten los van onrechtmatige daad te construeren. Het Hof van Cassatie werd gevangen in zijn eigen spinneweb van het samenloopsverbod, minstens de samenloopsbeperking zodat de *goede trouw* wel gevonden moest worden. Met het onderscheid tussen onrechtmatige daad en contract zijn we wellicht ook dicht bij de essentie van het debat omtrent de goede trouw. Sommige auteurs willen "goede-trouw"-problemen oplossen via onrechtmatige-daadsrecht (CORNELIS, L., *l.c.*, 281-291); anderen vreezen dat de goede trouw de onrechtmatige daad zal opslokken (KRUIHOF, R., «L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage», noot onder Cass., 22 maart 1985, *R.C.J.B.*, 1989, 29). Dit maakt duidelijk dat een belangrijke vraag is of contractuele, precontractuele, postcontractuele, institutionele rechtsverhoudingen (bijzondere relaties) anders zijn dan onrechtmatige-daadsrelaties (relaties met derden) zodat specifieke eigen normen toepasselijk zijn (zie in dit verband, VAN RYN, J., «Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle», noot onder Gent, 10 juli 1954, *R.C.J.B.*, 1957, 303-308).

¹³¹ Soms wordt ook gewaagd van een *interpretatieve functie* van de goede trouw (VAN ECKHOUTTE, W., «De goede trouw in het arbeidsovereenkomstenrecht: een aanzet tot herbronning en reïntegratie», *T.P.R.*, bijzonder nummer, 1990, 5-6). Gelet op de subjectieve interpretatieleer waarbij uitlegging gericht is op het achterhalen van de werkelijke bedoeling van partijen, lijkt er onzes inziens binnen dit paradigma geen ruimte voor een interpretatieve functie van de goede trouw. Dit wordt pas anders als men de leer van de normatieve uitleg volgt; zo ook DE BONDT, W., *o.c.*, 279; KRUIHOF, R., «La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase», *l.c.*, 87.

¹³² Wettelijke bepalingen leggen deze beginselen soms vast; zie recent artikel 30 W.H.P. en de artikelen 10-11, wet Consumentencrediet.

¹³³ Zo ook PHILIPPE, D., *l.c.*, 549.

¹³⁴ VANDENBERGHE, H., «De grondslag van contractuele en extracontractuele aansprakelijkheid voor eigen daad», *T.P.R.*, 1984, 145; KRUIHOF, R., «La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase», 86-87 (die beiden aanvulling van de inhoud op billijkheid – en niet op goede trouw – baseren); FAGNART, J.L., *l.c.*, 291-292. Wellicht worden deze auteurs hierbij geïnspireerd door de cassatierechtspraak die zegt dat de rechter om redenen van billijkheid geen overeenkomsten mag wijzigen (zie infra voetnoot 137).

hier evenwel een ruime appreciatiebevoegdheid. Via de aanvullende werking van de goede trouw kan het contractueel evenwicht dan ook veranderd worden. Partijen moeten immers niet alleen rekening houden met hun eigen afspraken, maar tevens met alle gevolgen die bij toepassing van de goede trouw van hen kunnen worden verlangd. Aldus kunnen feitelijke onevenwichtigheden middels de goede trouw rechter worden getrokken. Vooral inzake consumentenovereenkomsten heeft dit proces zich voltrokken. Dikwijls heeft men weinig aandacht aan de theoretische inpassing besteed. Dit is vooral het geval in Frankrijk, waar men nauwelijks de goede trouw als mogelijk analysekader heeft benut ¹³⁵. De hamvraag inzake de aanvullende werking lijkt echter niet zozeer of deze kan worden aanvaard maar eerder in welke mate ¹³⁶. Centraal lijkt de vraag wat de verhouding is tussen contractsvrijheid en aanvullende werking, tussen artikel 1134, eerste lid, B.W. en artikel 1135 B.W. ¹³⁷ Voor de voorstanders van een *normatieve uitleg* is dit nauwelijks een probleem; de wil der partijen is immers een der elementen bij het vastleggen van de draagwijdte van de overeenkomst. De wil wordt dan opgeslorpt binnen een ruimer kader dat door de goede trouw wordt beheerst en door de rechter wordt toegepast ¹³⁸. Binnen een niet-normatieve uitlegmethode is de spanning tussen werkelijke bedoeling van partijen en goede trouw, tussen subjectiviteit en objectiviteit echter veel groter en is de vraag naar afstemming veel prangender. De wezenlijke vraag in beide benaderingen (in de ene veel duidelijker

¹³⁵ Zie GHESTIN, J., *o.c.*, nrs. 184-187; VINEY, J., *Traité de droit civil. La responsabilité: conditions*, Parijs, L.G.D.J., 1982, 513-515.

¹³⁶ Zie verder DE LY, F., *De lex mercatoria. Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1989, 291-292. Aan de criteria betreffende toepassing van de aanvullende werking werd weinig aandacht besteed. Naast marginale toetsing (VAN GERVEN, W. en DEWAELE, A., *l.c.*, 110-112 en 123) en toepassing van de vertrouwensleer (BOUCKAERT, B., «Gewoonterecht in de moderne samenleving: een fetisj?», *Liber amicorum Willy Calewaert*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 41), werd ook de *bonus pater familias* voorgesteld (zie DE BONDT, W., *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht*, 112; VAN OEVELEN, A., noot onder Cass., 16 januari 1986, *R.W.*, 1987-88, 1472; VAN OEVELEN, A., «De zgn. 'subjectieve' goede trouw in het Belgische materiële privaatrecht (in het bijzonder in de materies die het norariaat aanbelangen)», *T.P.R.*, bijzonder nummer, 1990, 119).

¹³⁷ Dit is ook duidelijk uit de cassatierechtspraak die zegt dat de inhoud van overeenkomsten niet door de rechter om billijkheidsredenen mag worden gewijzigd (Cass., 15 oktober 1987, *A.C.*, 1987-88, 190, *R.W.*, 1987-88, 1506, *Rev.Not.B.*, 1988, 48, noot EM, J.). De vraag is echter wat de juiste draagwijdte van deze rechtspraak is. Men kan stellen dat het Hof hiermee de verbindende kracht van de overeenkomst beoogt te beschermen; de rechter mag dan niet ingaan tegen de partijafspraken om redenen van billijkheid. Contractsvrijheid en bindende kracht gaan dan hand in hand. Wordt dat niet verstoord (nl. gaat men niet in tegen de partijafspraken), dan lijkt er onzes inziens wel ruimte voor de aanvullende werking van de goede trouw ten aanzien van de inhoud (en niet louter de uitvoering) van de overeenkomst. Beperkende werking van de goede trouw blijft uiteraard altijd mogelijk. De trappen in de redenering zijn dan de volgende: 1. vastleggen van de inhoud van de overeenkomst middels interpretatie, nl. conform de bedoeling der partijen; 2. vastleggen van de inhoud middels aanvulling mits niet strijdig met 1; 3. aanvullen met uitvoeringsnormen; 4. derogerende werking.

¹³⁸ Blijkbaar zo: DIRIX, E., «Over de beperkende werking van de goede trouw», *T.B.H.*, 1988, 664-665.

dan in de andere) lijkt me dan te zijn hoe ver men kan gaan met de invulling van de overeenkomst met nieuwe verbintenissen zonder de oorspronkelijke bedoelingen en verwachtingen van partijen te frustreren en interne evenwichten van contracten te doorkruisen¹³⁹. In ieder geval is duidelijk dat de idee van de feitelijke gelijkheid middels de aanvullende werking van de goede trouw in zekere mate het contractuele veld heeft betreden. Goede trouw en feitelijke gelijkheid vallen echter niet samen; de goede-trouwnotie is immers ruimer en andere waarden zoals billijkheid kunnen er eveneens in worden ondergebracht.

37. Krachtens de derogerende werking van de goede trouw die veelal gekoppeld wordt aan artikel 1134, lid 3 B.W., kan de *uitoefening* van contractuele rechten worden beperkt¹⁴⁰. Sedert het voornoemde cassatiearrest van 1983¹⁴¹, betreft het de toepassing van de theorie van het rechtsmisbruik ten aanzien van contractuele rechten¹⁴². Misbruik van contractuele rechten kan dan ook tot rectificatie van de contractuele verhouding leiden. De spanningen tussen derogerende werking (artikel 1134, derde lid, B.W.) en de verbindende kracht van de overeenkomst (artikel 1134, eerste lid, B.W.) zijn minder groot dan bij de aanvullende werking aangezien de verbindende kracht niet wordt aangetast maar enkel grenzen worden gesteld aan de uitoefening van de rechten voortvloeiende uit de overeenkomst¹⁴³. Feitelijke ongelijkheden kunnen op die wijze onder vrij strenge voorwaarden worden gecorrigeerd. In tegenstelling met de aanvullende werking van de goede trouw zijn de vereisten voor de derogerende werking op dit ogenblik veel duidelijker. Uitoefening van contractuele rechten botst met de goede trouw indien het recht wordt uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtige en be-

dachtzame persoon¹⁴⁴. Indien aan dit criterium is voldaan, kan men misbruik van machtsposities sanctioneren ten einde een groter evenwicht in de contractuele relatie te bewerkstelligen.

38. Daarmee verwant zijn de discretionaire contractuele rechten die niet echt vatbaar zijn voor misbruik maar die marginaal kunnen worden getoetst. Een mooi voorbeeld zijn de eenzijdige wijzigingsbedingen krachtens welke een der partijen het voorwerp van de verbintenis kan gaan wijzigen. Naar Frans recht zijn deze bedingen nietig. Hierachter stak in wezen een gelijkheidsgedachte, nl. dat de ene partij niet mag worden overgeleverd aan de mogelijke willekeur van de andere¹⁴⁵. Naar Belgisch recht wordt de geldigheid van deze clausules meestal wel aangenomen doch gaat men de uitoefening van het wijzigingsrecht wel toetsen¹⁴⁶. Betreft het discretionaire rechten, dan gebeurt de toetsing marginaal; is het recht gebonden, dan is er een volledige toetsing. Ten aanzien van consumententransacties gelden echter artikel 32, sub 2 tot en met 5, W.H.P.; een aantal van deze eenzijdige wijzigingsbedingen werd op de zwarte lijst gezet zodat zij nietig zijn. Artikel 30 Wet Consumentenkrediet houdt eenzijdige wijzigingsbedingen ten gunste van de kredietgever voor niet-geschreven. Tot slot heeft artikel 12 van het Brandverzekeringsbesluit de verzekeringnemer een opzegingsrecht gegeven indien de verzekeraar de polis aanmerkelijk wijzigt (nl. in geval van tariefverhogingen of opzegging van één of meer delen van de dekking)¹⁴⁷.

39. Goede trouw zou ook – zoals in Duitsland – kunnen fungeren als juridische grondslag voor aanpassing van contracten aan gewijzigde omstandigheden (*imprevisieel*, *rebus sic stantibus*). Deze mogelijkheid werd bepleit in het proefschrift van Philippe¹⁴⁸. Naar geldend recht wordt de imprevisieel echter niet aanvaard, evenmin als in Frankrijk ten aanzien van de niet-administratiefrechtelijke contracten¹⁴⁹. Volgens de imprevisieel kunnen contracten worden aangepast aan gewijzigde omstandigheden indien het contractueel evenwicht hierdoor duidelijk is verstoord. Ongelijkheden die ontstaan na de totstandkoming van de overeenkomst

¹³⁹ Cf. CORNELIS, L., *l.c.*, 254-255.

¹⁴⁰ Zie DIRIX, E., «Over de beperkende werking van de goede trouw», *l.c.*, 660-667. De *inhoud* van de overeenkomst kan dus niet rechtstreeks aan de goede trouw worden getoetst (KRUIJTHOF, R., in KRUIJTHOF, R., BOCKEN, H. en DE LY, F., «Overzicht van rechtspraak (1981-1989). Verbintenissen», *T.P.R.*, (ter perse).

¹⁴¹ Zie ook Cass., 16 januari 1986, *A.C.*, 1985-86, 683, *R.W.*, 1987-88, 1470, noot VAN OEVELEN, A.; Cass., 18 juni 1987, *A.C.*, 1986-87, 1441, *R.W.*, 1987-88, 503, *J.T.*, 1988, 8; Cass., 20 november 1987, *A.C.*, 1987-88, 359, *R.W.*, 1987-88, 1099; Cass., 18 februari 1988, *A.C.*, 1987-88, 790, *T.B.H.*, 1988, 696, noot DIRIX, E.; Cass., 21 september 1989, *Bull.*, 1990, 84; Cass., 30 november 1989, *Bull.*, 1990, 392; Cass., 15 juni 1990, *Bull.*, 1990, 1170.

Inzake de hier verder onbesproken *rechtsverwerking*, die men kan zien als een bijzonder geval van derogerende werking, zie Cass., 17 mei 1990, *Bull.*, 1990, 1061, *J.T.*, 1990, 442, *Ann.Dr.Liège*, 1990, 283, noot MOREAU-MARGRÈVE, I., *J.L.M.B.*, 1990, 881, noot HENRY, P., *R.C.J.B.*, 1990, 595, noot HEENEN, J., *T.B.H.*, 1991, 207, noot CNUDE, S., *R.W.*, 1990-91, 1085, *Res Jur. Imm.*, 1991, 121, en STIJNS, S., «La 'rechtsverwerking': fin d'une attente (dé)raisonnable?», *J.T.*, 1990, 685-690; Cass., 16 november 1990, *Act.dr.*, 1991, 202, noot MOREAU-MARGRÈVE, I., en STORME, M.E., «Rechtsverwerking na de cassatiearresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990: nog springlevend», *R.W.*, 1990-91, 1073-1080.

¹⁴² Sommigen gaan hier verder en zouden aan contractanten andere en meer eisen stellen dan tussen derden (zie DIRIX, E., «Over de beperkende werking van de goede trouw», *T.B.H.*, 1988, 665-666).

¹⁴³ Cf. VEROUGSTRATE, I., *l.c.*, 190-191.

¹⁴⁴ Cass., 18 februari 1988, *T.B.H.*, 1988, 696, noot DIRIX, E.

¹⁴⁵ GHESTIN, J., «L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre)», *D.*, 1973, 293-298.

¹⁴⁶ BALLON, G.L. en DE LY, F., *Juridische aspecten van moderne betaalmiddelen*, Preadviezen van de Vereniging Handelsrecht, 1987, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, 151-153; STORME, M.E., «De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing», *T.P.R.*, 1988, 1259-1297; zie verder doch betwistbaar DIRIX, E., «De bezwarende bedingen in de W.H.P.», *l.c.*, 568.

¹⁴⁷ Zie DE LY, F., «De regulering van de brandverzekering. Commentaar en krachtlijnen van het brandverzekeringsbesluit», *R.W.*, 1988-89, 41-42.

¹⁴⁸ PHILIPPE, D., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 621-624; zie verder DUBAERE, J., «Een brug over troebel water», *R.W.*, 1988-89, 1417-1423.

¹⁴⁹ Zie de cassatierechtspraak geciteerd bij VEROUGSTRATE, I., *l.c.*, 193. Lagere jurisprudentie is soms bereid onderhoudsgelden vastgelegd inzake echtscheiding door onderlinge toestemming aan te passen (bv. Rb. Namen, 24 juni 1986, *Rev.Rég.Dr.*, 1986, 252, noot JADOUL, P.); men mag betwijfelen of dit aan de censuur van het Hof van Cassatie zou ontsnappen.

Voor openbare aanbestedingen, zie supra nr. 26.

en die het afgesproken evenwicht doorkruisen, zouden volgens deze leer kunnen worden hersteld. In België kan dit in beginsel niet; de gelijkheidsidee strekt zich dus niet zover uit dat zij ook tijdens de loop van het contract moet worden gehandhaafd. Het waarborgen van deze gelijkheid wordt dan ook aan partijen overgelaten die hierin middels een aanpassingsclausule (*hardship*-clausule) kunnen voorzien.

40. De jurisprudentie heeft ook in andere gevallen gewaakt over de gelijkheid tussen partijen. Dit is bijvoorbeeld duidelijk het geval ten aanzien van de mogelijke vermindering van het loon van lasthebbers. Wanneer dit loon klaarblijkelijk buiten proportie staat tot de geleverde diensten, kan dit loon worden verminderd¹⁵⁰. Hierbij wordt een beroep gedaan op wethistorische argumenten; lastgeving zou in beginsel kosteloos zijn zodat bovenmatige vergoedingen zeker kunnen worden getoetst. De regel is echter eerder uitzondering geworden zodat dit argument nog weinig overtuigt. De voornoemde jurisprudentie is dan ook om deze reden en op grond van haar aantasting van de bindende kracht van de overeenkomst door de doctrine overwegend kritisch onthaald¹⁵¹. Vermindering van het loon kan dan ook eerder worden gebaseerd op andere grondslagen. Was het loon vooraf afgesproken, dan kan ongeoorloofde oorzaak¹⁵², rechtsmisbruik of strijd met de precontractuele goede trouw bij het aangaan van de overeenkomst helpen. Men zal dan strijd met de goede zeden of misbruik van omstandigheden moeten aantonen. Wordt het loon achteraf vastgesteld, dan kan de derogerende werking van de goede trouw of marginale toetsing uitkomst bieden. De jurisprudentie is ten aanzien van de grondslag niet zo duidelijk. Dit heeft als belangrijk gevolg dat uitbreiding tot andere dienstverlenende contracten onzeker is. Wordt de grondslag beperkt tot lastgeving, dan lijkt uitbreiding weinig voor de hand te liggen; is de grondslag meer algemeen, dan ligt uitbreiding wel voor de hand. Wel is duidelijk dat men de verbindende kracht van de contractuele afspraak aantast teneinde een feitelijke ongelijkheid te herstellen.

41. Een laatste jurisprudentiële gelijkheidscorrectie kan men terugvinden in de rechtspraak omtrent *strafbedingen*. Wethistorisch is omstreden in welke mate de Code civil in zijn afdeling omtrent strafbedingen (artikel 1226 e.v. B.W.) contractuele boeten accepteert dan wel enkel schadebedingen toelaat¹⁵³. De cassatierechtspraak is in dezen echter vrij duidelijk. Strafbedingen betreffen enkel de contractuele schade die bij de totstandkoming van het contract kon worden voorzien; is de contractueel begrote schade hoger dan dit bij hypothese vastgesteld bedrag, dan kan aan het strafbeding geen uitwerking worden gegeven. Het Hof baseert dit

op de ongeoorloofde oorzaak; een verboden strafbeding is immers strijdig met de openbare orde én de goede zeden (artikelen 6, 1131 en 1133 B.W.) aangezien het een verboden private straf betreft én het de schuldeiser bij wanprestatie een groter voordeel oplevert dan bij nakoming¹⁵⁴. Meer recente cassatierechtspraak baseert zich expliciet op artikel 1229, eerste lid B.W. krachtens hetwelk een strafbeding slechts de schade mag vergoeden die de schuldeiser lijdt als gevolg van niet-nakoming en het beding derhalve niet als pressiemiddel mag fungeren¹⁵⁵. Een verboden civielrechtelijke straf voldoet dan niet aan dit voorschrift en kan niet worden toegepast. In ieder geval is eveneens duidelijk uit de rechtspraak inzake strafbedingen dat de jurisprudentie strafbedingen inhoudelijk toetst in weerwil van de contractsvrijheid¹⁵⁶. Dit lijkt gemotiveerd door de zorg om de praktijk van overdreven strafbedingen te bestrijden en de schuldenaar alzo te beschermen. Opnieuw lijkt enig herstel van het contractuele evenwicht en bescherming ten aanzien van feitelijke ongelijkheden het hoofdmotief¹⁵⁷. Deze jurisprudentie kan goedgekeurd worden. Toch mag ze niet verhulend werken. Zoals uit de conclusie van E. Krings bij het arrest van 17 april 1970 blijkt, lijkt het Hof met deze rechtspraak twee oogmerken te verzoenen, nl. het bestrijden van overdreven schadebedingen en het respect voor de verbindende kracht van de overeenkomst. In dit laatste verband leidt de oplossing van het Hof er immers toe dat het *pacta sunt servanda*-beginsel overeind blijft; het nietig verklaren van een beding staat immers niet haaks op dit beginsel. Zodoende moet de rechter niet optreden om het strafbeding te verzachten; hij moet enkel bepalen of het schadebeding al dan niet geldig is. Het strafbeding als pressiemiddel op de schuldenaar wordt alzo opgeofferd ten einde de verbindende kracht van het schadebeding te redden¹⁵⁸. Had het Hof het strafbeding als pressiemiddel aanvaard, dan zou de rechter er immers aan te pas zijn gekomen om over de uitoefening van dit middel te waken en het strafbeding te verzachten. Het Hof is er voor teruggeschrikt de rechter met een dergelijke toetsing van strafbedingen te belasten en heeft de taak van de rechter dan ook beperkt tot een geldigheidscontrole.

Twee recente wetten hebben deze jurisprudentie gecodificeerd; artikel 32, sub 21, W.H.P. zet schadevergoedingsbedingen op de zwarte lijst voor zover zij duidelijk onevenredig zijn aan het nadeel dat de verkoper kan lijden, en artikel 28 Wet Consumentenkrediet bepaalt dat de overeengekomen nalatigheidsinterest niet hoger mag liggen dan het gemiddelde tussen de wettelijke interestvoet en het overeen-

¹⁵⁰ Cass., 6 maart 1980, *A.C.*, 1979-80, 842, *B.R.H.*, 1980, 308, conclusie adv.-gen. CHARLES, R.; zie STERCKX, D., «Le mandat malgré lui ou la rançon perdue», *Rev.Not.B.*, 1980, 281-286; DIRIX, E., «La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d'une tradition», noot onder Cass., 6 maart 1980, *R.C.J.B.*, 1982, 522-544.

¹⁵¹ KRUTHOF, R., «Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1983, 521 e.v.; VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence», *R.C.J.B.*, 1986, 39-42; SIMONT, L., «Observations sur l'évolution du droit des contrats», *J.T.*, 1982, 289; FORIERS, P.A., «Chronique de jurisprudence sur les contrats commerciaux», *B.R.H.*, 1983, 146 e.v.

¹⁵² Zie VAN GERVEN, W., *Algemeen deel*, 349-353.

¹⁵³ Voor het onderscheid, zie WYMEERSCH, E., «Strafbedingen zijn verboden, schadebedingen niet», *R.W.*, 1973-74, 2432 e.v.

¹⁵⁴ Zie Cass., 17 april 1970, *A.C.*, 1970, 754, conclusie adv.-gen. KRINGS, E., *R.C.J.B.*, 1972, 459, noot MOREAU-MARGRÈVE, I. Zie verder KRUTHOF, R., «Leven en dood van het contract», 2748. Sommige auteurs beperken de grondslag van het onverbindend karakter van het strafbeding ten onrechte tot de openbare orde (zie DIRIX, E., «De bezwarende bedingen in de W.H.P.», *I.c.*, 570).

¹⁵⁵ Cass., 21 november 1985, *R.W.*, 1986-87, 2872.

¹⁵⁶ *Kritisch*: VAN RYN, J., «Nature et fonction de la clause pénale selon le code civil», *J.T.*, 1980, 557.

¹⁵⁷ Ook de wetgever deelde deze zorg; zie de artikelen 10, § 2, 19, § 2, en 19octies, § 2, van de wet van 9 juli 1957 tot regeling van de verkoop op afbetaling en van zijn financiering.

¹⁵⁸ Zie KRINGS, E., conclusie bij Cass., 17 april 1970, *A.C.*, 1970, 758-760.

gekomen jaarlijkse kostenpercentage. Tot slot kan worden vermeld dat schadebedingen zowel op hun inhoud als ten aanzien van hun inwerkingstelling kunnen worden getoetst. In het eerste geval gaat het om hun geldigheid en is de grondslag de artikelen 6, 1131 en 1133 B.W. of artikel 1229 B.W. In het tweede geval gebeurt toetsing aan de hand van de goede trouw met betrekking tot de wijze waarop de schuldeiser het schadebeding toepast ¹⁵⁹.

42. Uit beide vorige gevallen (vermindering van het loon van de lasthebber en straffedingen) bleek dat de open norm van de goede zeden kan worden gebruikt om zorgelijke praktijken te keer te gaan. De blanco norm van de goede zeden kan in deze gevallen gebruikt worden als instrument van rechtsvinding ¹⁶⁰. Voor het overige werd zij in het Belgische contractenrecht echter weinig gebruikt ¹⁶¹.

43. Het beeld dat tot dusver is geschetst, zou de onge-nuanceerde indruk kunnen wekken dat wetgeving en jurisprudentie in vele gevallen gelijkheidsdoeleinden nastreven. Een dergelijke vaststelling zou de werkelijkheid echter vertekenen. Buiten de voornoemde gebieden blijft immers contractsvrijheid bestaan en worden feitelijke ongelijkheden niet gecorrigeerd. Soms is de jurisprudentie helemaal niet geneigd om corrigerend op te treden. Een mooi voorbeeld betreft de exoneratiebedingen ¹⁶². Sinds het cassatiearrest van 25 september 1959 is duidelijk dat exoneratie ten aanzien van zware persoonlijke fout of opzettelijke of zware fout van aangestelden en uitvoeringsagenten mogelijk is, niettegenstaande de kritiek die sommige rechtsleer op deze jurisprudentie heeft geuit ¹⁶³. Anderzijds wordt deze jurisprudentie wel getemperd door de in het voornoemde arrest vervatte uitzondering dat het exoneratiebeding nietig is indien het de verbintenis van de schuldenaar tenietdoet en daardoor iedere zin en betekenis aan het contract ontnemt ¹⁶⁴. Men ziet hierin veelal een toepassing van de leer van de louter potestatieve voorwaarde. Lagere rechtspraak en rechtsleer gaan hier echter verder en weigeren ook, op grond van ongeoorloofde oorzaak (artikelen 6, 1131 en 1133 B.W.), exoneratiebedingen toe te passen die elke betekenis aan het

door partijen beoogde contract ontnemen ¹⁶⁵. Ook hier doet men het best een beroep op de *goede zeden* en niet op de openbare orde; het betreft immers vooral bescherming van private belangen ¹⁶⁶.

§ 5. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET CONTRACTENRECHT

44. Herhaaldelijk is reeds gewezen op de verschillende functies van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. In dit verband rijzen vragen naar de juiste plaats van dit beginsel binnen het contractenrecht. Hierbij kan men een onderscheid maken tussen de aard van het gelijkheidsbeginsel en zijn relatie tot andere rechtsnormen of beginselen.

45. Het gelijkheidsbeginsel als zodanig kan moeilijk worden geplaatst binnen de traditionele rechtsbronnenstructuur. Nergens wordt het beginsel in het contractenrecht wettelijk geregeld; hoogstens vindt men een aantal disparate wettelijke bepalingen die vooral de materiële gelijkheid gestalte geven. Anderzijds hebben jurisprudentie en doctrine ook enigszins bijgedragen tot de ontwikkeling van de materiële gelijkheid in het contractenrecht; meestal heeft men echter een wettelijke kapstok gezocht om er deze rechtsvinding aan op te hangen. Op deze wijze verbergt men dat vrije rechtsvinding wordt beoefend. Overigens mag men zich afvragen of de erkenning van het gelijkheidsbeginsel afhankelijk mag worden gesteld van de erkenning van jurisprudentie of doctrine als formele rechtsbron. Dit roept dan de vraag op of het gelijkheidsbeginsel als *algemeen rechtsbeginsel* kan worden beschouwd. Een uitvoeriger onderzoek naar de positie van algemene rechtsbeginselen valt buiten het bestek van dit preadvies ¹⁶⁷. In dit verband moet wel worden vermeld dat het Hof van Cassatie – onder de invloed van de openingsrede van procureur-generaal Ganshof van der Meersch uit 1970 ¹⁶⁸ – algemene rechtsbeginselen als formele rechtsbron erkent ¹⁶⁹; in het materieel privaatrecht is de invloed van algemene rechtsbeginselen echter vrij beperkt gebleven ¹⁷⁰. De vraag is echter of het gelijkheidsbe-

¹⁵⁹ Cass., 18 februari 1988, *T.B.H.*, 1988, 696, en de noot van Eric DIRIX, 661-662.

¹⁶⁰ Zie DE BERSAQUES, A., «La notion de bonnes moeurs et la sanction des actes y contrevenant», noot onder Conseil des prud' hommes d'appel de Bruges, 29 maart 1957, *R.C.J.B.*, 1958, 186-193.

¹⁶¹ In het internationaal privaatrecht wordt zij tevens gebruikt om buitenlandse dwingende bepalingen af te dwingen ten aanzien van contracten waarop Belgisch recht van toepassing is. De strijdigheid van het contract met buitenlandse voorrangsregels wordt dan gezien als een inbreuk op de *comitas* tussen bevriende staten die als strijdig met de Belgische goede zeden wordt beschouwd.

¹⁶² Over deze problematiek, zie KRUTHOF, R., «Contractuele wijzigingen van aansprakelijkheid», *T.P.R.*, 1984, 233-298; KRUTHOF, R., «Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité, Rapport belge», *In memoriam Jean Limpens*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 165-203; DIRIX, E., «Exoneratiebedingen», *T.P.R.*, 1988, 1171-1204.

¹⁶³ *A.C.*, 1960, 86. Voor de kritiek, zie KRUTHOF, R., «Contractuele wijziging van aansprakelijkheid», *l.c.*, 276-280; DABIN, J., noot onder Cass., 25 september 1959, *R.C.J.B.*, 12 e.v. Zie echter DIRIX, E., «Exoneratiebedingen», *l.c.*, 1187-1189.

¹⁶⁴ Recentelijk bevestigd door Cass., 27 september 1990, *Bank Fin.*, 1992, 37, noot J.F. ROMAIN.

¹⁶⁵ Zie KRUTHOF, R., in KRUTHOF, R., BOCKEN, H. en DE LY, F., «Overzicht van rechtspraak (1981-1989). Verbintenissen», *T.P.R.*, ter perse.

¹⁶⁶ Rob. Kruithof leek dit echter – in navolging van cassatieredtspraak (Cass., 25 september 1959, *Pas.*, 1960, I, 113; Cass., 3 april 1959, *Pas.*, 1959, I, 773) – eerder op de openbare orde te willen baseren, zie KRUTHOF, R., in KRUTHOF, R., BOCKEN, H. en DE LY, F., «Overzicht van rechtspraak (1981-1989). Verbintenissen», *T.P.R.*, ter perse.

¹⁶⁷ Zie verder DE LY, F., *o.c.*, 337-357; *adde* *Algemene rechtsbeginselen*, VAN HOECKE, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 414 pp.; *Rechtsbeginselen*, themanummer *Ars Aequi*, 1991, 717-952.

¹⁶⁸ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», *J.T.*, 1970, 557-573 en 581-596.

¹⁶⁹ Voor een kritiek, zie GUSSELS, J., «'Algemene rechtsbeginselen' zijn nog geen recht», *R.W.*, 1988-89, 1105-1116.

¹⁷⁰ Voor overzichten, zie DE LY, F., *o.c.*, 341-343; SOETAERT, R., «Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie», *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 51-66; CLAEYS BOUUAERT, P., «Algemene beginselen van het recht. Vijftien jaar rechtspraak van het Hof van Cassatie», *R.W.*, 1986-87, 913-934 en 977-998; *adde* het reeds vermelde cassatiearrest van 17 mei 1990 (zie voetnoot 141) dat weigerde rechtsverwerking als algemeen rechtsbeginsel te kwalificeren.

ginsel ooit als algemeen rechtsbeginsel erkend zou kunnen worden¹⁷¹. Daaraan mag getwijfeld worden. Uit het overzicht in de vorige paragrafen is immers reeds gebleken dat slechts een beperkt aantal fenomenen van dit beginsel in wetgeving of jurisprudentie terug te vinden is. Hieruit kan dan ook moeilijk een algemeen gelijkheidsbeginsel afgeleid worden dat vanwege zijn onbepaald karakter tot nieuwe toepassingen zou kunnen leiden. Men zou kunnen verwachten dat het Hof zich niet op een dergelijk avontuurlijk pad zal willen begeven doch eventueel een ander beginsel dan het gelijkheidsbeginsel met een lager niveau van abstractie zal uitkiezen. Bij dit alles zijn Hof en verdedigers van algemene rechtsbeginselen als formele rechtsbron een beetje de gevangenen van eigen uitgangspunten. Hubert Bocken heeft mij er in dit opzicht van overtuigd dat de theorie van algemene rechtsbeginselen als formele rechtsbron sterk gekleurd is door de beperkte opvatting omtrent de rechtsvindende taak van de rechter. Aanvaardt men een ruimere rechtsvindende en niet loutere rechtstoepassende taak, dan heeft men minder de behoefte om een nieuwe formele rechtsbron te creëren. Paradoxaal genoeg is juist de legalistische rechtsbronnenleer verantwoordelijk voor de creatie van een nieuwe formele rechtsbron.

46. Een andere benadering is echter ook mogelijk. In navolging van Duitse en Nederlandse auteurs¹⁷² kan men algemene rechtsbeginselen ook zien als een mogelijke rechtsvindingsmethode. Hierbij fungeren algemene rechtsbeginselen niet als concrete beslissingsnormen doch als referentiekader voor de oplossing van geschillen. Rechtsbeginselen zijn in een dergelijk perspectief te onbepaald om voor rechtstoepassing in aanmerking te komen; zij zijn dan ook geen formele rechtsbron. De rechter moet immers uit die beginselen rechtsregels deduceren, wat een toegevoegde waarde inhoudt. Dit hoeft niet altijd te gebeuren, maar wanneer het positieve recht geen oplossing biedt, moet de rechter binnen het rechtssysteem oplossingen vinden. Beginselen die binnen het systeem kunnen worden gesitueerd, kunnen hierbij helpen. Dit proces zal ook niet steeds bevredigend werken en soms zal ook buiten het systeem naar oplossingen moeten worden gezocht. De functie van algemene rechtsbeginselen ligt echter binnen een bepaald systeem.

Het gelijkheidsbeginsel kan dan ook op die wijze worden gezien. Het is een richtsnoer dat de rechtsvinding kan beïnvloeden en als zodanig het rechtsvindingproces doorzichtiger kan maken doordat impliciete waardeoordelen geëxplici-

citeerd worden. Bij de invulling van open normen kan een beroep op het gelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld verduidelijkend werken zodat de rechtsvinding beter wordt begrepen¹⁷³.

47. In dit verband wordt dan ook het probleem duidelijker van de verhouding tussen gelijkheidsbeginsel en andere beginselen. Renauld schreef reeds in 1961 dat het gelijkheidsbeginsel geen absolute waarde kon hebben op gevaar af anders in een beperkend egalitarisme te vervallen¹⁷⁴. In de opvatting van het gelijkheidsbeginsel als formele rechtsbron krijgt men echter problemen betreffende de hiërarchie van de rechtsbronnen. Het gelijkheidsbeginsel kan immers strijdig zijn met een wettelijke bepaling of met een ander algemeen rechtsbeginsel. Het zou dan ook moeten wijken voor wettelijke bepalingen. Conflicten tussen rechtsbeginselen zijn echter veel moeilijker oplosbaar. Het abstractieniveau van het beginsel zou hier kunnen helpen; concretere beginselen kunnen dan voorrang hebben boven meer abstracte beginselen.

Wanneer men echter beginselen niet ziet als rechtsregels maar als bakens voor rechtsvinding, leveren relaties met andere rechtsbronnen en tussen beginselen onderling minder problemen op. Conflicten zijn dan immers afwezig; rechtsregels botsen niet met beginselen en beginselen botsen ook onderling niet. Wel kunnen beginselen met elkaar op gespannen voet leven; dergelijke spanningen worden echter niet door een hiërarchische regeling opgelost maar door een rechterlijk afwegingsproces waarbij niet vooraf vaststaat welk beginsel de overhand zal halen.

De spanning tussen gelijkheidsbeginsel en andere normen is reeds vooral besproken ten aanzien van de contractsvrijheid en *pacta sunt servanda*. Aangezien deze laatste beginselen in de wet zijn vastgelegd, kunnen zij niet zomaar door het gelijkheidsbeginsel worden verdrongen; aan wettelijk vastgeankerde beginselen en regels moet immers een groot gewicht worden toegekend. Het gelijkheidsbeginsel zal dan ook middels andere verdragenrechtelijke, grondwettelijke of wettelijke (bv. goede trouw) normen of algemene rechtsbeginselen (bijvoorbeeld rechtsmisbruik) moeten worden aangewend om zich ten aanzien van contractsvrijheid en bindende kracht van de overeenkomst door te zetten.

Het gelijkheidsbeginsel kan echter ook met andere beginselen worden geconfronteerd. Bossuyt noemt in dit verband het probleem van de uitsluiting, door gesubsidieerde scholen, van kinderen op basis van geslacht. De rechter zou dit naar zijn mening niet moeten bekrachtigen¹⁷⁵. In dit voorbeeld staan gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod op basis van geslacht op gespannen voet met de vrijheid van onderwijs. Beide waarden zullen ten opzichte van elkaar moeten worden afgewogen teneinde geschillen te beslechten.

¹⁷¹ Voor een genuanceerd positief antwoord ten aanzien van doorwerking van grondrechten in het privaatrecht in het algemeen op grond van algemene rechtbeginselen, zie RIMANQUE, K. en PEETERS, P., *l.c.*, 30.

¹⁷² ESSER, J., *Grundsatz und Norm*, tweede druk, Tübingen, Mohr, 1964, 394 p.; ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, Athenäum Verlag, 1972, 10, 31 en 38-43; CANARIS, C.W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, 169 pp.; LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, vierde druk, Berlin, Springer, 1979, 135-136, 159, 366, 411 en 459; SCHOLTEN, G., «Rechtsbeginselen en rechtsregels. Scheiden schaaft», in *Rechtsbeginselen*, SCHOLTEN, G., SCHELTENS, D. en VAN EIKEMA HOMMES, H. (red.), Encyclopedie der rechtswetenschap, Zwolle, Tjeenk Willink, 1980, 3-8; NIEUWENHUIS, J., *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, 164 pp.

¹⁷³ Voor een rechtsfilosofische benadering, zie RAES, K., «Rechtsbeginselen en de morele eenheid van het recht. Dworkins constructivisme», *Ars Aequi*, 1991, 773-784.

¹⁷⁴ RENAULD, *l.c.*, 137.

¹⁷⁵ BOSSUYT, M., *l.c.*, 44. Cf. Rb. Brussel, 23 maart 1990, *J.T.*, 1991, 114, en PREUMONT, M., «Le droit disciplinaire à l'égard des élèves dans les établissements d'enseignement en Belgique», *Revue de droit de l'ULB*, 1991, afl. 4, 129-130.

§ 6. BESLUIT

Vrijheids- en gelijkheidsidealen komen in vrijwel iedere samenleving voor. In de praktijk treft men dan ook niet de verwezenlijking aan van het ene of het andere ideaal doch mengvormen. De eeuwige kernvraag blijft dan ook in welke mate deze waarden moeten coëxisteren ¹⁷⁶. In de tijd en ruimte en afhankelijk van de omstandigheden kan over deze vraag verschillend worden gedacht. Reflectie over en uitwerking van die coëxistentieverhoudingen blijven echter con-

stante opdrachten voor politici (wetgevers), wetenschappers (doctrine) en rechtspraktizijnen (rechters, advocaten, bedrijfs- en overheidsjuristen).

Filip DE LY

¹⁷⁶ VAN GERVEN, W., «Report», in «The optimal economic constitution of the European Community with reference to the economic constitutions of the Member States», *C.M.L.R.*, 1976, 220.

HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET VENNOOTSCHAPS- EN EFFECTENRECHT

1. Niettegenstaande geen enkele wetsbepaling de toepassing van het gelijkheidsbeginsel als dusdanig in vennootschapsverhoudingen voorschrijft¹ en er slechts één rechterlijke uitspraak bekend is waarbij een besluit van de algemene vergadering vernietigd werd wegens schending van het gelijkheidsbeginsel², wordt in de doctrine³ unaniem benadrukt dat het gelijkheidsbeginsel daar, méér dan in wel-

ke andere contractuele verhouding ook geëerbiedigd dient te worden⁴.

Dat tussen vennoten gelijkheid moet heersen, wordt dus als vanzelfsprekend beschouwd. «Le thème de l'égalité en droit des sociétés peut, de prime abord, paraître facile tant l'égalité semble dans la logique de la société»⁵.

Niettemin zijn de bepalingen in de vennootschappenwet waarin uitdrukkelijk naar het beginsel verwezen wordt, nogal schaars. In het verlengde van het vennootschappenrecht komt het gelijkheidsbeginsel wel geregeld terug als leitmotiv in de nieuwe reglementering op het openbaar aanbod en meer in het algemeen in de nieuwe regels omtrent ter beurze genoteerde vennootschappen.

I. INVENTARIS VAN WETTELIJKE BEPALINGEN

A. Uitgifte van aandelen door conversie van bestaande aandelen met stemrecht (art. 48, §3, Venn. W.)

2. Bij uitgifte van aandelen zonder stemrecht door conversie van bestaande aandelen met stemrecht ingevolge art. 48, §3, eerste lid, Venn. W., zag de wetgever van 18 juli 1991 nauwlettend toe op de gelijkheid tussen de bestaande aandeelhouders: het aanbod tot conversie moet tegelijkertijd aan alle aandeelhouders gedaan worden en wel naar verhouding van hun aandeel in het kapitaal van de vennootschap⁶.

B. Inkoop van eigen aandelen (art. 52bis, §1, Venn. W.)

3. Bij inkoop van eigen aandelen of winstbewijzen moet het voorstel tot verkrijging van genoemde effecten ten aanzien van alle effectenhouders onder dezelfde voorwaarden geschieden (art. 52bis, §1, zevende lid, 4°, Venn. W.)⁷.

Van die regel kan enkel afgeweken worden indien eenparig tot de inkoop is besloten op een algemene vergadering waarop alle aandeelhouders aanwezig zijn en onder de voorwaarden die eenparig door die vergadering zijn vastgelegd. Deze uitzondering is van belang en is een bevestiging van

¹ In Nederland bv. is het beginsel wél uitdrukkelijk in de wet ingeschreven, nl. in art. 92, tweede lid, N.B.W., Boek 2, en art. 201, tweede lid, N.B.W., Boek 2, respectievelijk voor de N.V. en de B.V. Naar luid van deze bepaling dient de vennootschap «de aandeelhouders onderscheidenlijk certificaaithouders die zich in gelijke omstandigheden bevinden, op dezelfde wijze (te) behandelen».

Beide bepalingen werden ingevoegd bij de Aanpassingswet aan de tweede Europese Richtlijn, maar de toepasselijkheid van het beginsel werd reeds onder het vroegere recht aangenomen. Welke consequenties dit beginsel heeft, lijkt evenwel niet duidelijk te zijn. Zie in die zin onder het nieuwe recht W.C.L. VAN DER GRINTEN en E.J.J. VAN DER HEIJDEN, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle, 1989, nr. 186, blz. 336 en 337, evenals, C.A. BOUKEMA, F.J.W. LÖWENSTEYN en L. TIMMERMAN, *Rechtspersonen*, deel 2, blz. 92; H.J.C. TER KUILE, «Gelijkheid van aandeelhouders», in *Quid Iuris. Bundel uitgegeven ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap «door tijd en vlijt»*, Deventer, 1977, blz. 49; B.H.A. VAN LEEUWEN, *Beginsel van behoorlijk ondernemingsbestuur*, Deventer, 1990, blz. 161 e.v.

Zie voor de draagwijdte ervan onder het oude recht F.J.W. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*, Zwolle, 1959, blz. 181, 243, 248, 250 en 252; BREGSTEIN, *W.P.N.R.*, 4420; Hoge Raad, 2 december 1926, *N.J.*, 1927, 102, met noot E.M. MEIJERS, en Hoge Raad, 25 april 1929, *N.J.*, 1929 en 1261, met conclusie proc.-gen. TAK, beiden m.b.t. een coöperatieve vereniging.

² Brussel, 8 februari 1927, *R.P.S.*, 1927, nr. 2752, blz. 98, met noot F. PARIDANT; Kh. Brussel, 24 juni 1924, *R.P.S.*, 1926, nr. 2695, blz. 195, met noot F. PARIDANT.

³ P.A. FORIERS, F. MAUSSON en L. SIMONT, «L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial belge», in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions*, Travaux de l'association Henri Capitant, deel XXVIII, Parijs, 1980, blz. 180; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, 1954, nr. 713, blz. 444; A. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, II, 1982, nr. 1220bis, blz. 414; P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Gembloux, 1947, nrs. 107 e.v., blz. 141; L. FREDERICO, *Traité de droit commercial*, V, 1950, nr. 492, blz. 698; F. GILSON, *Les modifications aux statuts des sociétés anonymes*, nr. 59, blz. 105; P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Brussel/Parijs, 1933, nr. 483, blz. 328; P. VAN OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, Brussel, 1960, nr. 69, blz. 128, en nr. 73, blz. 133.

Zie recent nog D. VAN GERVEN, «De evenredige en onevenredige vertegenwoordiging van aandeelhouders in de raad van bestuur van een N.V.», *T.B.H.*, 1991, 864; T. TILQUIN, «Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficulté et l'abus de droit des actionnaires», *T.B.H.*, 1991, 9.

⁴ Art. 42 van de Tweede Richtlijn van 13 december 1976 (*P.B.*, nr. L 26 van 31 januari 1977) regelde dit wel maar deze bepaling werd als dusdanig niet overgenomen bij de aanpassingswet van 5 december 1984; B. VAN BRUYSTEGEM, *De vennootschappenwet 1986*, Antwerpen, 1986, blz. 140.

⁵ J. MESTRE, «L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé)», *Rev. Soc. (Fr.)*, 1989, blz. 399; D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Parijs, 1970, blz. 155.

⁶ J. TYTECA, «Aandelen zonder stemrecht en winstbewijzen - convertieerbare obligaties en warrants», in *N.V. en de B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, 1992, nr. 73, blz. 130.

⁷ Zie K. GEENS, «De bescherming tegen de bescherming», in *De bescherming van de minderheidsaandeelhouders*, T.R.V., 1988, nr. 36, blz. 34; T. TILQUIN, «Le rôle du conseil d'administration dans le cadre d'une offre publique d'acquisition. Enseignement du droit anglo-saxon», *R.P.S.*, 1988, nr. 6468, blz. 41 e.v.

de algemene regel dat aandeelhouders wel ongelijk behandeld kunnen worden mits zij daarmee instemmen.

Aangenomen wordt dat, niettegenstaande art. 52bis, §1, zevende lid, 4°, Venn. W. daarin niet uitdrukkelijk voorziet, ook de eenparige instemming van de houders van winstbewijzen vereist is wanneer men deze wenst in te kopen zonder aan alle houders ervan een identiek aanbod te doen⁸.

4. Om de gelijkheid tussen de aandeelhouders te vrijwaren zijn vennootschappen waarvan de aandelen ter beurze genoteerd zijn in een van de E.G.-lidstaten, evenwel niet meer verplicht een openbaar bod uit te brengen om hun aandelen in te kopen. Zij kunnen hun eigen aandelen ter beurze inkopen (art. 52bis, §1, achtste lid, Venn. W.).

Hoe dan ook moet zulk een vennootschap de Commissie voor Bank- en Financieuzen in kennis stellen van een voorgenomen inkoop (art. 52bis, §7, eerste lid, Venn. W.).

C. Kapitaalvermindering (art. 72 Venn. W.)

5. Een zeer nadrukkelijke verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel komt voor in art. 72, tweede lid, Venn. W.

Bij een vermindering van het maatschappelijk kapitaal, aldus voormeld wetsartikel, moeten de aandeelhouders die zich in gelijke omstandigheden bevinden, gelijk behandeld worden.

Dit betekent onder meer dat de vermindering niet mag geschieden door terugbetaling van bepaalde aandelen, met uitsluiting van andere. Ingeval de vermindering aanleiding geeft tot omruiling van aandelen, mag deze omruiling niet als gevolg hebben dat sommige aandeelhouders, om aan de omruilingsoperatie te kunnen deelnemen, gedwongen worden hun aandelen te verkopen of aandelen aan te kopen⁹.

D. Aflossing van het kapitaal (art. 72ter Venn. W.)

6. Bij aflossing van het kapitaal wordt de gelijkheid onder de aandeelhouders gevrijwaard door de verplichting om de aandelen die voor aflossing in aanmerking komen, door het lot aan te wijzen.

E. De wijziging van rechten verbonden aan categorieën van aandelen of effecten

7. Vaak komt het voor dat in de statuten ongelijke rechten worden toegekend aan aandelen of effecten¹⁰. Zulk een ongelijke toebedeling geeft aanleiding tot het ontstaan van verschillende categorieën waaraan verschillende rechten toekomen, voornamelijk m.b.t. de verdeling van winst, de terugbetaling van de kapitaalinbreng en het stemrecht¹¹.

⁸ M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes*, Brussel, 1985, nr. 85, blz. 135; B. VAN BRUYSTEGEM, *De vennootschapswet 1986*, blz. 85.

⁹ J. VAN RYN, *Principes*, I, 1954, nr. 842, blz. 501; M. MESSAGE, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes*, Brussel, 1985, nr. 65, blz. 101; B. VAN BRUYSTEGEM, *De vennootschappenwet 1986*, blz. 62.

¹⁰ J. CORBAU, «Des pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes», *R.P.S.*, 1907, 140.

¹¹ Zie, voor de creatie van verschillende categorieën van aandelen ter zake van voordrachtrechten voor de benoeming van bestuurders, D. VAN GERVEN, «De evenredige en onevenredige vertegen-

1° Effecten met ongelijke rechten in N.V., B.V.B.A. en C.V.

8. Zo kan in een N.V., anders dan in een B.V.B.A.¹², vrij afgeweken worden van de aanvullende regel van art. 1853 B.W., zodat de winst niet noodzakelijk in verhouding met het kapitaalbezit verdeeld hoeft te worden. De creatie van preferente aandelen is dus mogelijk¹³.

Voorts kunnen in een N.V., anders dan in een B.V.B.A. of een C.V., effecten buiten kapitaal gecreëerd worden (art. 41, §1, eerste lid, Venn. W.). Deze beschikken over de rechten, bv. m.b.t. deelneming in de winst of stemrecht, die de statuten hun toekennen¹⁴.

9. Sedert de wet van 20 juli 1991 is het thans mogelijk om in een N.V. en B.V.B.A. aandelen zonder stemrecht uit te geven (art. 48 en art. 124bis Venn. W.). Het betreft kapitaalaandelen waaraan niet dezelfde rechten worden toegekend als aan de klassieke kapitaalaandelen met stemrecht. Zij zijn in beginsel verstoken van stemrecht maar in ruil voor dit gemis zijn zij wél bevoorrecht ten aanzien van de aandelen met stemrecht m.b.t. dividenduitkering en terugbetaling van de kapitaalinbreng (art. 48, §1, tweede lid, 2° en 3°, Venn. W.)¹⁵.

10. Niettegenstaande een C.V., anders dan een N.V. (art. 41, eerste lid, Venn. W.), maar net zoals een B.V.B.A. (art. 124 Venn. W.), geen aandelen buiten kapitaal kan uitgeven (art. 141, derde lid, Venn. W.)¹⁶, is het niettemin mogelijk in de statuten binnen de kapitaalaandelen verschillende categorieën te creëren, bv. aandelen A, B, C enz., of aandelen van 1000 fr. of 2000 fr. enz.¹⁷. Aan elk van die categorieën

woordiging van aandeelhouders in de raad van bestuur», *T.B.H.*, 1991, 862, nr. 14.

¹² In een B.V.B.A. kan de winst krachtens art. 124, tweede lid, Venn. W. enkel tussen de kapitaalaandelen in proportionele verhouding verdeeld worden.

¹³ J. VAN RYN, *Principes*, I, 1954, nr. 516, blz. 349.

¹⁴ Zie, voor een recente toepassing, J.P. BLUMBERG, «Over participatiecertificaten (CPC) of de uitgifte van winstbewijzen voor een geldinbreng», *T.R.V.*, 1991, 325 e.v.; VOORTS K. GEENS, «Beschermingsconstructies: enkele recente evoluties», in *Openbaar bod en beschermingsconstructies*, Kalmthout, 1990, blz. 92; H. DU FAUX, «L'émission de parts bénéficiaires en cours d'existence de la société anonyme», *Rev. Not. B.*, 1988, 182.

¹⁵ Zie, voor een grondige bespreking van dit nieuw regime, J. TYTECA, «Aandelen zonder stemrecht en winstbewijzen. Converteerbare obligaties en warrants», in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, 1991, blz. 100 e.v..

¹⁶ J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, II, 1957, nr. 985, blz. 69; L. FREDERICO, *Traité de droit commercial*, V, 1950, nr. 665, blz. 947; J. 'T KINT en M. GODIN, *Les sociétés coopératives*, Brussel, 1968, nr. 473, blz. 163.

¹⁷ In de praktijk worden de meest uiteenlopende benamingen gebruikt om de meest verscheidene aandelen of effecten aan te duiden. Zo is er sprake van oprichtersaandelen, winstaandelen of winstbewijzen, bevoorrechte of preferente aandelen, participatiebons (zie bv. Kh. Brussel, 6 juli 1912, *Jur. Comm.Brux.*, 1912, 438; Brussel, 5 juli 1900, *R.P.S.*, 1902, nr. 1336, blz. 165) enz. Worden ze uitgegeven door een C.V., dan komt het er alleen op aan na te gaan of deze «effecten» een kapitaalinbreng vertegenwoordigen. Wellicht daarom is art. 141, derde lid, Venn.W. als volgt gelibelleerd: «buiten deze aandelen (kapitaalaandelen) mag geen enkele andere soort effecten worden uitgegeven, onder welke benaming ook.»

kunnen verschillende of ongelijke rechten toegekend worden¹⁸. Omgekeerd kunnen binnen een zelfde categorie aandelen verschillende rechten toegekend worden. Voor C.V.'s die een erkenning beogen als omschreven in de wet van 20 juni 1955 houdende instelling van een nationale raad voor de coöperatie en in het uitvoerings-K.B. van 8 januari 1962¹⁹, is deze laatste mogelijkheid evenwel beperkt. Krachtens art. 1, § 2, 2°, van het voormelde K.B. moeten aan aandelen die dezelfde waarde hebben, gelijke rechten toekomen²⁰.

Zo kan, anders dan in een N.V. of B.V.B.A. het *stemrecht* in de statuten van een C.V. krachtens art. 145, 4°, Venn.W. gemoduleerd worden: er kan geopteerd worden voor een stemrecht per aandeel – wat trouwens luidens art. 146, 4°, Venn.W., als gewijzigd bij de wet van 20 juli 1991, de aanvullende regel is indien de statuten geen andersluidende bepaling bevatten – per hoofd of voor een combinatie van beide²¹. Aan bepaalde vennoten of categorieën van vennoten kunnen meerdere stemmen toegekend worden, bv. volgens hun omzetcijfer, en dat ongeacht hun aandelenbezit²².

Zo kan, anders dan in een B.V.B.A. maar net zoals in een N.V., de *winst* in een C.V. volkomen vrij verdeeld worden (art. 145, 5°, Venn.W.)²³, met dien verstande dat uiteraard

Precies om voormelde verwarring te vermijden verdient het aanbeveling de term aandelen (species) te reserveren voor effecten (genus) die uitgegeven worden in ruil voor een kapitaalbijbreng. Voor alle andere effecten waaraan de statuten bepaalde rechten toekennen maar die geen kapitaalbijbreng vertegenwoordigen, wordt de term «aandeel» beter vermeden. Zo is in art. 41, eerste lid, Venn.W. sprake van «winstbewijzen of soortgelijke effecten» en in het zonet vermelde art. 141, derde lid, Venn.W. eveneens van «effecten».

¹⁸ C. RESTEAU, *Traité des sociétés coopératives*, Brussel, 1936, nr. 149, blz. 159; J. 't KINT en M. GODIN, *Les sociétés coopératives*, Brussel, 1968, nr. 475, blz. 164; A. VAN HULLE, *De coöperatieve vennootschap*, Antwerpen, 1989, nr. 10, blz. 10.

¹⁹ Wet van 20 juli 1955 houdende instelling van een nationale raad voor de coöperatie (*Staatsbl.*, 10 augustus 1955); K.B. van 8 januari 1962 tot vaststelling van de voorwaarden tot erkenning van de nationale groeperingen van coöperatieve vennootschappen en van de coöperatieve vennootschappen (*Staatsbl.*, 19 januari 1962).

²⁰ A. VAN HULLE e.a., *De coöperatieve vennootschap*, Antwerpen, 1989, blz. 365 e.v.; H. LAGA, «Wettelijke bepalingen in verband met de coöperatieve vennootschap», in *De coöperatieve beweging: een nieuwe start?*, Leuven, 1990, blz. 165.

²¹ Zie de regeling in art. 1, § 2, 3°, van het K.B. van 8 januari 1962 voor C.V.'s die een erkenning beogen in de zin van art. 1 van voormeld K.B.; zie, voor een mogelijke interpretatie van dit onduidelijk gelibelleerde artikel, A. VAN HULLE, *De coöperatieve vennootschap*, Antwerpen, 1989, blz. 366 en 367.

²² Zie P. VAN OMMESLAGHE, «Les sociétés coopératives, les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés de moyens», in *Les sociétés commerciales*, J.B., 1985, blz. 325; K. GEENS, «De professionele vennootschap», in *Actuele problemen van fiscaal recht*, Deurne, 1989, nr. 79, blz. 136.

Krachtens art. 74, derde en vierde lid, Venn.W. respectievelijk art. 136 Venn.W. geldt daarentegen in de N.V. en de B.V.B.A. het ijzeren principe van het enkelvoudig en gelijke stemrecht: F. 't KINT, «Les actions et le droit de vote», *R.P.S.*, 1989, nr. 6531, blz. 242.

²³ J. RONSE, «Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1964-67)», *T.P.R.*, 1967, 731, nr. 199; J. VAN RYN, en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, II, 1957, nr. 1035, blz. 96; C. RESTEAU, *Traité des sociétés coopératives*, Brussel, 1936, nr. 308, blz. 262; J.

niet ontkomen kan worden aan de verplichting om een wettelijke reserve aan te leggen (art. 158 Venn.W.) en evenmin aan het in art. 1855 B.W. vervatte verbod van leeuwbeding (art. 1855 B.W.)²⁴.

In een C.V. kunnen dus, net zoals in een N.V. maar anders dan in een B.V.B.A., preferente aandelen gecreëerd worden met dien verstande dat het kapitaal aandelen moet betreffen waaraan dan in de statuten een voorkeursdividend toegekend wordt²⁵.

2° Wijziging van ongelijke rechten en het gelijkheidsbeginsel

11. Algemeen wordt aangenomen dat ongelijke rechten, vaak gekwalificeerd als verkregen rechten, door de algemene vergadering niet gewijzigd kunnen worden via de procedure van de statutenwijziging, maar enkel met instemming van alle vennoten. M.a.w. niet de quorumvereisten van art. 70, derde, vierde en vijfde lid, Venn.W. zijn toepasselijk, maar wel de gemeenrechtelijke unanimiteitsregel van art. 1134, tweede lid, B.W.

Die beperking komt niet uitdrukkelijk voor in de Vennootschappenwet. Ze wordt door rechtsleer en rechtspraak echter unaniem afgeleid uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 18 mei 1873²⁶. Eigenaardig genoeg wordt die beperking door de doctrine mede toepasselijk verklaard op de wijziging van de statuten van een C.V.²⁷ en zelfs van alle

't KINT en M. GODIN, *Les sociétés coopératives*, Brussel, nr. 784, blz. 261; A. VAN HULLE e.a., *De coöperatieve vennootschap*, Antwerpen, 1989, nr. 59, blz. 39; vgl. Brussel, 2 juli 1926, *R.P.S.*, 1927, nr. 2824, blz. 367, met noot P.S., m.b.t. de mogelijkheid de winst te verdelen volgens de bekwaamheid van de vennoten; Kh. Brussel, 21 november 1922, *R.P.S.*, 1924, nr. 2534, blz. 25, met noot P.D.; Brussel, 6 juni 1888, *Pas.*, II, 371.

²⁴ Zie, over de interpretatie van dit verbod, M. COIPEL, «Réflexions sur le 'portage' d'actions au regard de l'article 1855 du Code Civil. Le porteur et le lion», noot onder Cass., 3 december 1986, *R.C.J.B.*, 1989, 542 e.v.

²⁵ J. 't KINT en M. GODIN, *Les sociétés coopératives*, Brussel, 1968, nr. 477, blz. 164; L. DU FAUX, «Société coopérative», in *Répertoire notarial*, XII, *Droit commercial*, Brussel, 1985, nr. 82, blz. 68; Kh. Verviers, 20 februari 1909, *Pas.*, 1909, III, 135; Brussel, 16 januari 1957, *R.P.S.*, 1958, nr. 4730, blz. 15, met noot R. PHILIPS; Brussel, 26 oktober 1946, *R.P.S.*, 1947, nr. 3918, blz. 87.

²⁶ *Staatsbl.*, 25 mei 1873. Zie daarover uitvoerig C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, 1982, nrs. 1333 e.v., blz. 543 e.v.; E. PIRMEZ, «Un écrit posthume. Des assemblées générales. Commentaire de l'article 59», *R.P.S.*, 1891, nr. 235, blz. 281; F. GILSON, *Les modifications aux statuts des sociétés anonymes*, Brussel/Parijs, nrs. 50 e.v., blz. 86 e.v.; L. FREDERICO, *Traité de droit commercial belge*, V, 1950, nr. 439, blz. 704.

²⁷ *Pandectes belges*, deel 100, tw. «Société coopérative», Brussel, 1910, nr. 222, blz. 73; F. PASSELECO, *Traité des sociétés commerciales*, in *Les Nouvelles, Droit commercial*, deel 3, Brussel, 1934, nr. 3546, blz. 32; A. SCHICKS en A. VANISTERBEEK, *Traité formulaire de la pratique notariale*, deel 7, *Le droit commercial*, 1933, blz. 699; E. DEFREYN-D'OR, *Manuel des sociétés coopératives*, Brussel/Parijs, 1935, blz. 23; C. RESTEAU, *Traité des sociétés coopératives*, Brussel, 1936, nr. 36, blz. 272 e.v.; L. FREDERICO, *Traité de droit commercial belge*, V, 1950, nr. 689, blz. 970; *Répertoire pratique du droit belge*, deel 12, tw. «Sociétés coopératives», Brussel, 1951, nr. 401, blz. 826; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, II, Brussel, 1957, nr. 713, blz. 444; J. 't KINT en M. GODIN, *Les sociétés coopératives*, Brussel, 1968, nrs. 635 e.v., blz. 216; H. DU FAUX, «Société coopé-

andere vennootschappen²⁸. Toch beoogde de wetgever in 1873 enkel de beperkingen aan de wijzigingen van de statuten van een N.V. te regelen. Dat het verbod niet uitdrukkelijk werd opgenomen in de Vennootschappenwet, zou alleen te wijten zijn aan het feit dat het door de wetgever in 1873 dermate evident werd geacht – een wijziging van zulke rechten zou niet alleen strijdig zijn «au droit, mais au simple bon sens»²⁹ – dat een opnemen ervan in de wet volkomen overbodig leek³⁰.

12. Door rechten, toegekend aan een bepaalde categorie van effecten of vennoten, bij meerderheidsbesluit te wijzigen komt de gelijkheid tussen de vennoten in gevaar. Een meerderheidsbesluit dat die rechten wijzigt, heeft namelijk niet voor alle vennoten dezelfde gevolgen³¹. Is een recht bv. krachtens de statuten toegekend aan een kleine groep minderheidsaandeelhouders, dan is het mogelijk dat deze gewijzigd worden met instemming van alle meerderheidsaandeelhouders, die echter door het besluit niet geraakt zullen worden, terwijl binnen de minderheidsgroep, die door het besluit wél geraakt wordt, unaniem tégen de wijziging gestemd werd.

Dat is niet redelijk: werden deze rechten immers in gelijke mate toegekend aan alle aandeelhouders, dan kan een wijziging ervan nooit doorgevoerd worden indien alle houders van deze rechten, derhalve alle aandeelhouders, tegen de voorgestelde wijziging stemmen.

M.a.w., het gelijkheidsbeginsel komt in het gedrang wanneer rechten, toegekend aan een bepaalde categorie van vennoten of effecten, gewijzigd kunnen worden zonder dat een meerderheid van deze vennoten of effecten met de wijziging instemt: vennoten moeten immers onder dezelfde voorwaarden nieuwe rechten kunnen verkrijgen of bestaan de rechten afstaan.

Met gelijkheid wordt hier dan vooral bedoeld op het procedureel aspect van het gelijkheidsbeginsel, namelijk de vraag of ongelijke rechten bij meerderheidsbesluit gewijzigd kunnen worden.

native», in *Répertoire notarial*, XII, *Droit commercial*, boek 5, «Des sociétés diverses», Brussel, 1985, nr. 112, blz. 77 en 78; A. VAN HULLE, e.a., *De coöperatieve vennootschap*, Antwerpen, 1989, nr. 80, blz. 51 en 52.

²⁸ C. RESTEAU, *Traité des sociétés coopératives*, Brussel, 1936, nr. 316, blz. 272; B. GLANSORFF en J. KIRKPATRICK, «Les statuts d'une société de personnes peuvent-ils conférer à la majorité des associés le pouvoir de dissoudre la société avant le terme convenu ou d'exclure un associé?», noot onder Cass., 11 maart 1966, *R.C.J.B.*, 1967, 224, nr. 21.

²⁹ C. RESTEAU, *Traité des sociétés coopératives*, Brussel, 1936, nr. 316, blz. 273.

³⁰ J. GUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique. Commentaire de la loi du 18 mai 1873*, Brussel, 1882, nr. 731, blz. 451.

³¹ Zie E. PIRMEZ, «Un écrit posthume. Des assemblées générales. Commentaire de l'article 59», *R.P.S.*, 1891, nr. 235, blz. 282: «C'est dans la communauté d'intérêts que (l'assemblée trouve son) pouvoir de décider: le droit de l'assemblée existe, quand la question posée a pour tous ceux qui délibèrent les mêmes conséquences, et il disparaît, s'il y a des intérêts divergents». Zie ook L. FREDERICO, *Traité de droit commercial*, V, 1950, blz. 723.

3° Art. 71 Venn.W.

13. Ter vrijwaring van dit procedureel gelijkheidsbeginsel heeft de wetgever voor de N.V., en alleen voor de N.V., een oplossing ontworpen in art. 71 Venn.W. De definitieve³² versie van dit artikel werd ingevoerd bij de wet van 10 november 1953³³. Toepassingen ervan kwamen herhaaldelijk aan bod in de rechtspraak³⁴ en rechtsleer³⁵. Zonder twijfel zal het artikel nog aan belang winnen m.b.t. de creatie van aandelen zonder stemrecht in vennootschappen waarin reeds verschillende categorieën aandelen of effecten voorkomen³⁶.

Een wijziging van rechten verbonden aan verschillende categorieën van aandelen of effecten of de vervanging van een bepaalde categorie door een andere is luidens art. 71 Venn.W. in een N.V. geoorloofd bij gekwalificeerd meerderheidsbesluit³⁷.

³² De eerste versie werd ingevoerd bij de wet van 25 mei 1913, maar bleef een *lex imperfecta* aangezien de procedure suppletief was. Zie over deze wet C. RESTEAU, *Commentaire législatif de la loi du 25 mars 1913*, Brussel, 1913.

³³ *Staatsbl.*, 28 november 1953; R. VAN ROLLEGHEM, «Les dispositions de la loi du 10 novembre 1953 permettant la modification des droits respectifs des différentes catégories de titres et le groupement des titres», *R.P.S.*, 1955, nr. 4476, blz. 131 e.v.; P. DE HARVEN, «La loi du 10 novembre 1953. Cette loi permet-elle de transformer une part de fondateur en action représentative du capital social?», *R.P.S.*, 1957, nr. 4714, blz. 263; J. VAN RYN, «La réglementation du droit de vote attaché aux titres émis par les sociétés anonymes et la loi du 10 novembre 1953», *R.P.S.*, 1958, nr. 4742, blz. 5.

³⁴ Cass., 5 juni 1947, *R.C.J.B.*, 1948, 9, met noot J. VAN RYN, *Pas.*, 1947, I, 240, met conclusie proc.-gen. L. CORNIL; Brussel, 16 januari 1957, *R.P.S.*, 1958, nr. 4730, blz. 15, met noot R. PHILIPS; Brussel, 24 juni 1924, *R.P.S.*, 1926, nr. 2695, met noot F. PARIDANT; Brussel, 23 februari 1910, *R.P.S.*, 1910, 74; Brussel, 14 januari 1903, *R.P.S.*, 1904, nr. 1518, blz. 128, met noot; Brussel, 8 december 1897, *R.P.S.*, 1897, nr. 844, blz. 348; KJ. Brussel, 3 november 1925, *R.P.S.*, nr. 2648, met noot F. PDT; Kh. Brussel, 10 januari 1910, *R.P.S.*, 1910, 74; Kh. Brussel, 28 december 1905, *R.P.S.*, 1906, nr. 1665, blz. 27, met noot L. MAHIEU; Kh. Brussel, 13 november 1908, *Pas.*, 1909, II, 131, *R.P.S.*, 1908, nr. 1924, blz. 293, met noot; Kh. Brussel, 17 juli 1910, *R.P.S.*, 1911, nr. 2120, blz. 63; Kh. Brussel, 15 februari 1897, *R.P.S.*, 1897, nr. 762, blz. 50, met noot J.C.

³⁵ Zie bv. J.C., «Des limites apportées aux pouvoirs de l'assemblée générale du chef de droits acquis aux actionnaires privilégiés», *R.P.S.*, 1896, nr. 717, blz. 15; J. CORBIAU, «D'un cas nouveau d'intangibilité des droits acquis», *R.P.S.*, 1908, nr. 1925, blz. 297; J. CORBIAU, «De la suppression de la valeur nominale des actions devant les droits acquis», *R.P.S.*, 1912, nr. 2263, blz. 266; A. SCHICKS, «De la défense de porter atteinte aux droits acquis appartenant à certaines catégories d'actionnaires», *Rev.Prat.Not.*, 1932, blz. 449; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, 1954, nr. 809 e.v., blz. 485; C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, II, Brussel, 1982, nr. 1340 e.v., blz. 555.

³⁶ Zie daarover uitvoerig J. TYTECA, «Aandelen zonder stemrecht en winstbewijzen – converteerbare obligaties en warrants», in *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18 juli 1991*, Kalmthout, 1992, blz. 121 e.v.

³⁷ Zie, voor een summiere rechtsvergelijkende benadering van de wijziging van rechten verbonden aan verschillende categorieën van aandelen, G. SUETENS-BOURGEOIS, *De verhouding meerderheid-minderheid in de naamloze vennootschap*, Leuven, 1969, nrs. 86 e.v., blz. 47.

Het vereiste meerderheids- en aanwezigheidsquorum waarnaar verwezen wordt, is dat van art. 70, derde, vierde en vijfde lid, Venn.W. voor de wijziging van statuten in het algemeen³⁸.

Om de procedurele gelijkheid onder de vennoten te vrijwaren, met name het beginsel dat vennoten onder dezelfde omstandigheden nieuwe rechten moeten kunnen verkrijgen of bestaande afgeven³⁹, zijn de voormelde wijzigingen evenwel slechts geoorloofd wanneer daarmee wordt ingestemd door een algemene vergadering waarbij *per categorie* gestemd wordt, d.w.z. waarbij in elk van de categorieën van aandelen of effecten de quorum- en meerderheidsvereisten voor een statutenwijziging als bepaald in art. 70, derde, vierde en vijfde lid, Venn.W. worden nageleefd⁴⁰.

14. De Franse en de Duitse wetgever, gesteld voor een zelfde probleem van vrijwaring van het gelijkheidsbeginsel bij de wijziging van rechten verbonden aan een bepaalde categorie van aandelen, gaven daaraan niettemin een andere oplossing.

Zo is de Franse procedure, uitgewerkt in art. 156 van de wet nr. 66-537 van 24 juli 1966, eenvoudiger terwijl de gelijke behandeling van alle aandeelhouders toch gerespecteerd wordt. Rechten verbonden aan een bepaalde categorie van aandelen kunnen gewijzigd worden door de buitengewone algemene vergadering die daartoe besluit met naleving van de meerderheids- en aanwezigheidsvoorwaarden vereist voor de wijziging van statuten⁴¹. Daarnaast is een zelfde besluit vereist van een algemene vergadering waarop enkel de getroffen categorie van aandelen mag stemmen⁴²⁻⁴³.

³⁸ Deze quorumvereisten zijn dwingend en derhalve kan er, anders dan het geval is voor het in art. 70, derde, vierde en vijfde lid, Venn.W. bepaalde quorum m.b.t. de wijziging van statuten in het algemeen, niet van afgeweken worden; de statuten kunnen niet in een soepelere of strengere regeling voorzien: J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, 1954, nr. 809, blz. 486; C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY en A. GRÉGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, II, Brussel, 1982, nr. 1332, blz. 542.

³⁹ *Gedr.St., Kamer*, 1950-51, nr. 95, blz. 4.

⁴⁰ Zie over de dwingende regel verwoord in § A, derde lid, van art. 71 Venn.W., naar luid waarvan voor de toepassing van de erin bepaalde procedure elk van de aandelen die het in de statuten vastgestelde kapitaal niet vertegenwoordigen, stemrecht heeft in zijn soort: Gent, 18 november 1922, *R.P.S.*, 1923, nr. 2498, blz. 106, met noot C.D.

⁴¹ Zie de aanwezigheids- en meerderheidsvereisten bepaald in art. 153 van de wet nr. 66-537 van 24 juli 1966: over een wijziging kan slechts geldig beraadslaagd worden indien op de eerste vergadering minstens de helft of op de tweede vergadering minstens een vierde van de over stemrecht beschikkende aandelen vertegenwoordigd is. Is op deze tweede vergadering niet voldaan aan het vereiste aanwezigheidsquorum, dan kan de vergadering hoogstens twee maanden uitgesteld worden. Een statutenwijziging behoeft de instemming van twee derde der aanwezige of vertegenwoordigde aandelen en kan nooit doorgevoerd worden indien aan voormeld aanwezigheidsquorum niet is voldaan (P. MERLE, *Droit commercial. Les sociétés commerciales*, Parijs, 1988, nr. 491, blz. 458).

⁴² «La décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions, n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie» (art. 156, tweede lid); Y. GUYON, *Enc. Dalloz*, tw. «Assemblées d'actionnaires», nrs. 357 e.v., blz. 34; J. HEMARD, F. TERRÉ en P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, Parijs, 1974, II, nr. 372, blz. 321; P. MERLE, *Droit commercial. Les sociétés commerciales*, Parijs, 1988, nr.

De Duitse oplossing is haast identiek – een besluit van de buitengewone algemene vergadering met inachtneming van de voorgeschreven meerderheids- en aanwezigheidsvereisten voor de wijziging van statuten is dus vereist (§ 179, tweede lid, Akt.G.) – met dien verstande dat alleen ingeval de rechten van een bepaalde categorie van aandelen *ten nadele* van een andere categorie gewijzigd worden, zulk een besluit tot statutenwijziging bovendien de instemming van *alle* benadeelde aandeelhouders behoeft (art. 179, derde lid, Akt.G.)⁴⁴.

15. Het uitzonderlijk karakter van de procedure van art. 71 Venn.W. blijkt uit de formele waarborgen waarmee de wetgever zulk een besluit tot wijziging van de statuten omringd wenst te zien.

Zo rust op de raad van bestuur de verplichting om de voorgestelde wijzigingen omstandig te verantwoorden in een verslag. Gelet op de functionele bevoegdheid van de raad van bestuur kan daarbij enkel het belang van de vennootschap als richtsnoer dienen⁴⁵.

Het belang dat de wetgever aan die verantwoording hecht, blijkt verder uit de voorgeschreven wijze van verspreiding van het verslag. Net zoals bij andere belangrijk geachte verslagen, zoals bv. het verslag van de raad van bestuur ter verantwoording van een gehele of gedeeltelijke opheffing van het voorkeurrecht bij kapitaalverhoging (art. 34bis, § 4, tweede lid, Venn.W.)⁴⁶, schrijft de wetgever een bijzondere verspreiding ervan onder de aandeelhouders voor. Een afschrift ervan wordt gevoegd bij de oproepingsbrief aan de houders van aandelen op naam terwijl ook «onverwijld een afschrift gezonden (wordt) aan degenen die de formaliteiten hebben vervuld (...) om tot de (algemene) vergadering te worden toegelaten» (art. 71, A, tweede lid, Venn.W.).

Een wijziging van ongelijke rechten werd zelfs dermate belangrijk geacht dat de wetgever, doorgaans weinig bekom-

497, blz. 461; G. RIPERT en R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Parijs, 1986, nr. 1185, blz. 817.

⁴³ C. RESTEAU, A. GRÉGOIRE en A. BENOIT-MOURY, *Traité des sociétés anonymes*, II, Brussel, 1982, nr. 1345, blz. 563.

⁴⁴ «Soll das bisherige Verhältnis mehrerer Gattungen von Aktien zum Nachteil einer Gattung geändert werden, so bedarf der Beschluss der Hauptversammlung zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Benachteiligten Aktionäre»; BAUMBACH-HUECK, *Aktiengesetz*, München, 1968, blz. 602 e.v.; *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Bank 2, 1971, blz. 243.

Zie voor een definitie van het begrip «categorie», § 11 Akt.G.: «Die Aktien können verschiedene Rechte gewähren, namentlich bei der Verteilung des Gewinns und des Gesellschaftsvermögens. Aktien mit gleichen Rechten bilden einde Gattung», en verder E. GESSLER, W. HEFERMEHL, U. ECKARDT en B. KROFF, *Aktiengesetz*, München, 1973, blz. 147.

⁴⁵ *Gedr.St., Kamer*, 1948-49, nr. 332, blz. 1; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, 1954, nr. 809, blz. 486; vgl. Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1954-55, blz. 92 e.v.

⁴⁶ Zie, over het belang van dit verslag, F. BOUCKAERT, «Het voorkeurrecht bij kapitaalverhoging door storting in geld: de moeilijke bepaling van artikel 43bis Venn.W.», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1987, nr. 26, blz. 183 e.v.; M. WYCKAERT, «De formaliteiten en de voorwaarden van een kapitaalverhoging buiten voorkeurrecht in het kader van het toegestaan kapitaal», noot onder Brussel, 1 maart 1988, *T.R.V.*, 1988, nr. 12, blz. 145; vgl. H. HIRTE, «Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung beim Bezugsrechtsausschluss», *Z.G.R.*, 1990, 375; M. LUTTER, «Materielle und förmliche Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses», *Z.G.R.*, 1979, 409.

merd om de bescherming van de minderheid ter algemene vergadering⁴⁷, voorzorg in een originele maar omslachtige vorm van minderheidsbescherming. Blijkbaar stond de in art. 94 Venn.W. omschreven homologatieprocedure in geval van besluiten van de algemene vergadering der obligatiehouders genomen «met een meerderheid van minder dan een derde van het bedrag der in omloop zijnde obligaties», model.

16. Zoals vermeld kan een wijziging van rechten verbonden aan verschillende categorieën van aandelen of effecten slechts aangenomen worden indien binnen elke categorie voldaan is aan de aanwezigheids- en meerderheidsvereisten bepaald in art. 70, derde, vierde en vijfde lid, Venn.W.

In art. 71, B, Venn.W. wordt daar een aanwezigheidsquorum aan toegevoegd: niettegenstaande krachtens art. 70, vierde lid, Venn.W. op de tweede vergadering geldig gestemd kan worden ongeacht het aantal aanwezige aandelen of effecten, wordt in art. 71, B, Venn.W. bepaald dat een wijziging waarvoor niet binnen elke soort een meerderheid is bereikt die ten minste gelijk is aan een derde van het aantal bestaande effecten, slechts uitgevoerd kan worden na homologatie door het hof van beroep binnen wiens rechtsgebied de vennootschap haar zetel heeft⁴⁸.

F. Openbare overnamebiedingen en wijziging van controle in vennootschappen (wet van 2 maart 1989 en K.B. van 8 november 1989)

17. Een van de belangrijkste doelstellingen van de nieuwe reglementering, zo blijkt uit art. 15, § 1, eerste lid, van Hfst. II van de wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurse genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overna-

⁴⁷ De laksheid van de wetgever op dit punt is reeds herhaalde malen aangeklaagd. Zie o.m. J. LIEVENS, «De wettelijke bescherming van de minderheidsaandeelhouder», in *De bescherming van minderheidsaandeelhouder*, *T.R.V.*, 1988, 3 e.v.; Y. MERCIERS, «De vennootschap: juridisch kader voor de onderneming in haar maatschappelijke dimensie», *T.P.R.*, 1988, 381, nr. 28.

⁴⁸ Zie, over deze homologatieprocedure waarbij het hof niet alleen een controle naar de vorm maar ook naar de inhoud uitoefent, zo nodig na een deskundigenonderzoek, J. RONSE, J.M., NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, «Overzicht van rechtspraak (1978-1985)», *T.P.R.*, 1986, 1331, nr. 329; Antwerpen, 21 mei 1979, *R.P.S.*, 1979, nr. 6024, blz. 193, met noot P. FRANÇOIS; Antwerpen, 20 maart 1979, *R.P.S.*, 1979, nr. 6010, blz. 89; Brussel, 22 april 1969, *R.P.S.*, 1970, nr. 596, blz. 236, met noot; Brussel, 6 oktober 1965, *R.P.S.*, 1969, blz. 12, *Pas.*, 1966, II, 228; P. DEMEURE, «Sur quoi porte l'homologation des délibérations prises par l'assemblée générale touchant les droits respectifs des catégories d'actions?», *R.P.S.*, 1966, nr. 5290, blz. 1; Brussel, 24 juni 1964, *R.P.S.*, 1966, nr. 5291, blz. 6; Brussel, 8 april 1964, *Pas.*, 1964, II, 145, met concl. adv.-gen. SOTIAUX en noot P.D., *R.P.S.*, 1964, nr. 5205, blz. 151; J. RONSE, «Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1964-67)», *T.P.R.*, 1967, 710, nr. 160; J. Van Ryn en P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1961 à 1965)», *R.C.J.B.*, 1967, 350, nr. 58; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, I, 1954, nr. 813, blz. 489.

Voormelde rechterlijke controle op de inhoud van het besluit zou een beperkte, marginale toetsing zijn: L. DE WILDE, «De vlag en de lading. Over homologatie», rede op de plechtige openingszitting van het Hof te Gent op 3 september 1984, *R.W.*, 1984-85, 978 en 983 e.v.

meaanbiedingen⁴⁹, was de verzekering van de gelijke behandeling van de houders van effecten bij een openbaar bod of bij de wijziging van controle op vennootschappen die een openbaar beroep doen of hebben gedaan op het spaarwezen, namelijk de ter beurse genoteerde vennootschappen en de vennootschappen waarvan de aandelen in het publiek verspreid zijn⁵⁰.

Aan verschillende nieuwe bepalingen ligt het gelijkheidsbeginsel ten grondslag. Zo o.m. aan het belangrijke art. 41 van het uitvoerings-K.B. van 8 november 1989⁵¹, in vakkringen het «De Benedetti-K.B.» genoemd. Ingeval iemand een participatie heeft verworven met betaling van een controlepremie waardoor hij alleen of gezamenlijk de controle verwerft van een vennootschap die een openbaar beroep doet of heeft gedaan op het spaarwezen, «moet het publiek onvoorwaardelijk de mogelijkheid krijgen om alle effecten in zijn bezit over te dragen» (art. 41, § 1, eerste lid). Daartoe heeft de overnemer de keuze tussen enerzijds het uitbrengen van een openbaar koopbod of anderzijds de verbintenis op zich te nemen de beurskoers te handhaven (art. 42, § 1)⁵². Voorts dient de overnemer vooraf de Commissie voor Bank- en Financieën op de hoogte te brengen van zijn voornemen (art. 38, eerste lid).

18. Deze gedachte ligt trouwens in de lijn van de evolutie in het Europese recht waar het externe gelijkheidsbeginsel het leitmotiv vormt van de Europese Gedragscode voor Effectentransacties⁵³. Nu zijn de in deze Code geformuleerde

⁴⁹ *Staatsbl.*, 24 mei 1989; G. KEUTGEN en G.A. DAL, «La transparence de l'actionnariat», *J.T.*, 1989, 449 e.v.; D. MEULEMANS, «De invoering van een wettelijke regeling inzake transparantie en openbare overname-aanbiedingen», *T.R.V.*, 1989, 239 e.v. en 373; G. BRESSELEERS en J. WOUTERS, «De openbaarmaking van deelnemingen in belangrijke ter beurs genoteerde vennootschappen», *R.W.*, 1989-90, 689; A. BRUYNEEL, *Les offres publiques d'acquisitions. Réforme de 1989*, Brussel, 1990, nr. 27, blz. 26; C. LEMPEREUR, «Harmonisation du droit des valeurs mobilières et intégration des marchés de valeurs mobilières dans la Communauté», in *L'instauration du marché intérieur le 1 janvier 1993*, J.B., Brussel, 1989, blz. 147 e.v.

⁵⁰ Art. 1, § 2, tweede lid, van het uitvoerings-K.B. van 8 november 1989 op de openbare overnamebiedingen en de wijzigingen in de controle op vennootschappen (*Staatsbl.*, 11 november 1989); zie K. GEENS, «De wijziging van controle in een vennootschap die een openbaar beroep op het spaarwezen heeft gedaan», *T.R.V.*, 1990, 102.

⁵¹ *Staatsbl.*, 11 november 1989; A. BRUYNEEL, *Les offres publiques d'acquisitions. Réforme de 1989*, Brussel, 1989, nrs. 41 e.v., blz. 36 e.v.; E. WYMEERSCH, «Cession de contrôle et offres publiques obligatoires», *R.P.S.*, 1991, nr. 6575, blz. 153 e.v.; J.M. NELISSEN GRADE, «Het openbaar bod en de beursoverval na het De Benedetti-K.B.», in *Openbaar bod en beschermingsconstructies. Recente evoluties in wetgeving en praktijk naar Belgisch, Nederlands en Europees recht*, Verslagboek van de Leuvense Vennootschapsdag van 11 mei 1990, Jan Ronse Instituut, 1990, blz. 15 e.v.; K. GEENS, «De wijziging van controle in een vennootschap die een openbaar beroep op het spaarwezen heeft gedaan», *T.R.V.*, 1990, 102 e.v.; D. VAN GERVEN, «Het openbaar bod op stemrechtverlenende en daarmee gelijkgestelde effecten: de nieuwe procedure doorgelicht», *T.R.V.*, 1990, 141 e.v.

⁵² Zie, voor recente toepassingen, Kh. Brussel, 22 november 1991, *R.P.S.*, 1992, nr. 6583, blz. 270 (Wagons-Lits); zie ook Kort Ged. (eenzijdig verzoekschrift), Kh. Brussel, 5 december 1991, *R.P.S.*, 1992, nr. 6586, blz. 329.

⁵³ Aanbeveling van de Commissie van 25 juli 1977, *Pb.L.*, nr. 212.

gedragsregels weliswaar niet bindend voor de lidstaten⁵⁴, maar een aantal daarin geformuleerde beginselen, zoals precies een correcte en volledige informatie van het publiek en de gelijke behandeling van de aandeelhouders, vindt men terug in latere richtlijnen, bv. op het gebied van het effectenrecht⁵⁵. Voorts is een rechter verplicht de voormelde niet-bindende aanbevelingen in aanmerking te nemen bij de uitlegging van nationale bepalingen, ook al geven die geen uitvoering aan de aanbeveling⁵⁶.

Verder schrijft de Europese wetgever in art. 3 van het gewijzigde voorstel van de Commissie «voor een dertiende richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende het openbare aanbod tot verwerving» in het algemeen voor dat aandeelhouders die zich in gelijke omstandigheden bevinden, op voet van gelijkheid behandeld moeten worden⁵⁷. Door de omstrede verplichting een aanbod uit te brengen op alle effecten zodra iemand door verwerving van stemrechtverlenende effecten een bepaalde drempel van effectenbezit bereikt — die door de lidstaten vrij te bepalen drempel mag niet lager zijn dan een derde van de bestaande stemrechten — wil de richtlijn daadwerkelijk gestalte geven aan voormelde gelijkheidseis⁵⁸.

⁵⁴ K. GEENS, «Mag de raad van bestuur oneigenlijk gebruik maken van een aanvaardingsclausule om de verkoper het voordeel te gunnen van voorwetenschap?», noot onder Kh. Brussel, 26 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, 66, nr. 14.

⁵⁵ Richtlijn van 5 maart 1979 tot coördinering van de voorwaarden voor de toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs, *Pb.L.*, nr. 66, als gewijzigd door de Richtlijn van 3 maart 1982 (*Pb.L.*, nr. 62) en door de Richtlijn van 12 december 1988 (*Pb.L.*, nr. 348); Richtlijn van 17 maart 1980 tot coördinering van de eisen gesteld aan de opstelling van, het toezicht op en de verspreiding van het prospectus dat gepubliceerd moet worden voor de toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs, *Pb.L.*, nr. 100, als gewijzigd door de Richtlijn van 3 maart 1982 (*Pb.L.*, nr. 62) en door de Richtlijn van 22 juni 1987 (*Pb.L.*, nr. 185); Richtlijn van 15 februari 1982 betreffende de periodieke informatieverstrekking door vennootschappen waarvan de aandelen tot de officiële notering aan een effectenbeurs zijn toegelaten, *Pb.L.*, nr. 48; Richtlijn tot coördinatie van de regelingen inzake transacties van ingewijden (insider trading) van 13 november 1989, *Pb.L.*, nr. 334/30.

⁵⁶ Hof van Justitie, 13 december 1989, C 322/88 (Grimaldi-zaak).

⁵⁷ *Pb.C.*, nr. 240 van 26 september 1990, p. 7; zie voor het door het Economisch en Sociaal Comité uitgebracht advies over dit gewijzigd voorstel, *Pb.C.*, nr. 102 van 18 april 1991, blz. 49; H. SWENNEN, *Financiële wetgeving 1989-1991*, Gent, 1991, nr. 167, 104; J. WOUTERS, «Harmonisering van de regels betreffende openbare biedingen in de Europese gemeenschap», *T.R.V.*, 1991, 5 e.v.; K. VAN HULLE, «De voorstellen van Europese Richtlijnen inzake openbaar bod en beschermingsconstructies», in *Openbaar bod en beschermingsconstructies*, Kalmthout, 1990, blz. 184 e.v.; P. VAN OMESLAGHE, «Le règlement sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprise et les offres publiques d'acquisitions», *Cah. dr.Eur.*, 1991, 259 e.v.; N. BASALDUA, «Vers une harmonisation communautaire des offres publiques d'acquisitions», *R.P.S.*, 1990, nr. 6551, blz. 234 e.v.; P. HOMMELHOF en D. KLEINDIER, «Take over-Richtlinie und europäisches Konzernrecht», *Die A.G.*, 1990, 106 e.v.

⁵⁸ Zie art. 4 evenals de vierde overweging van de aanhef van het gewijzigd voorstel van dertiende richtlijn; J. WOUTERS, «Harmonisering van de regels betreffende openbare biedingen in de Europese gemeenschap», *T.R.V.*, 1991, 17: deze auteur kritiseert die verplichting om een volledig bod uit te brengen vanuit de Amerikaanse reglementering waarin genoemde verplichting niet bestaat; zie ook

Ook art. 16 van genoemd voorstel van richtlijn steunt op het gelijkheidsbeginsel: indien de bieder gedurende de termijn dat het bod loopt, op een andere wijze effecten verkrijgt tegen een hogere prijs dan de biedprijs, moet de bieder aan alle aandeelhouders, zelfs aan degenen die reeds tegen de oorspronkelijke biedprijs verkocht hebben, het voordeel bieden van deze hogere prijs. Er is in zo'n geval sprake van een herziening van rechtswege van het bod⁵⁹.

G. Effectenrecht

19. De Belgische vennootschappen waarvan de effecten ter beurse genoteerd zijn, moeten luidens art. 2, § 1, van het K.B. van 18 september 1990 over de verplichtingen bij toelating van effecten tot de officiële notering aan een openbare fondsen- en wisselbeurs van het rijk⁶⁰, zorg dragen voor een gelijke behandeling van de aandeelhouders die zich in identieke omstandigheden bevinden.

Indien de gelijke behandeling van de aandeelhouders in het gedrang komt of dreigt te komen, geeft de Commissie voor Bank- en Financieuzen de vennootschap daarvan kennis. Houdt deze laatste met deze kennisgeving geen rekening, dan kan de Commissie haar advies openbaar maken volgens de regels die zij bepaalt (art. 9, § 1, eerste lid, van genoemd K.B. van 18 september 1990)⁶¹.

Voor zulke vennootschappen heeft de wetgever dus wel in het algemeen de regel van de gelijke behandeling van aandeelhouders vooropgesteld. Naar luid van art. 2, § 2, van het K.B. van 18 september 1990 houdt deze verplichting in ieder geval in dat bij nieuwe uitgifte van aandelen van een zelfde categorie als de aandelen die reeds ter beurse genoteerd zijn, ook de notering van de nieuwe aandelen gevraagd moet worden, hetzij uiterlijk een jaar na de uitgifte, hetzij op het ogenblik waarop de betrokken aandelen vrij verhandelbaar worden⁶².

Voor het overige wordt de precieze inhoud van de algemene verplichting tot gelijke behandeling niet nader bepaald.

H. Bedenkingen

20. De voorgaande opsomming roept verschillende bedenkingen op.

H.J. MERTENS, «Förderung von, Schutz von, Zwang zu Übernahmangeboten», *A.G.*, 1990, 252 e.v.

⁵⁹ N. BASALDUA, «Vers une harmonisation communautaire des offres publiques d'acquisitions», *R.P.S.*, 1990, nr. 6551, blz. 249.

⁶⁰ *Staatsbl.*, 22 september 1990.

⁶¹ Zie ook art. 11, § 1, eerste lid, en art. 17, § 1, eerste lid, van het genoemd K.B. van 18 september 1990 m.b.t. de verplichting tot gelijke behandeling van respectievelijk houders van obligaties uitgegeven door ondernemingen en van houders van obligaties uitgegeven door een Staat of zijn territoriale publiekrechtelijke lichamen of door internationale publiekrechtelijke instellingen. De ondernemingen of uitgevende instellingen mogen, mits zij overeenkomstig het geldende recht handelen, met name in verband met sociale prioriteiten, aan de houders van bepaalde obligaties, in afwijking van de emissievoorwaarden, aanbiedingen tot vervroegde aflossing doen.

⁶² H. SWENNEN, *Financiële wetgeving 1989-1991*, Gent, 1991, blz. 73.

Allereerst blijkt dat het gelijkheidsbeginsel slechts op fragmentarische wijze in de Vennootschappenwet tot uitdrukking wordt gebracht. M.b.t. bepaalde verrichtingen, zoals de aflossing of de vermindering van het kapitaal, bepaalt de wetgever uitdrukkelijk hoe de gelijke behandeling van de aandeelhouders door het bestuur of de algemene vergadering gevrijwaard moet worden. M.b.t. andere verrichtingen waarbij de gelijkheid van de aandeelhouders evenzeer in het gedrang kan komen, niet.

Zo is het o.m. onduidelijk hoe de procedurele gelijkheid van vennoten in een C.V. of B.V.B.A. gevrijwaard moet worden. Hoe kunnen ongelijke rechten verbonden aan verschillende categorieën van aandelen in zulke vennootschappen gewijzigd worden? Zoals aangestipt is art. 71 Venn.W. enkel van toepassing op een dergelijke wijziging in een N.V.

Onduidelijk is eveneens hoe de materiële gelijkheid tussen de vennoten of effecten gevrijwaard moet worden in de verschillende vennootschapsvormen.

Terwijl de procedurele gelijkheid eerder toeziet op de gelijke *behandeling* van vennoten, ziet de materiële gelijkheid eerder toe op de *gelijkberechtigting* van vennoten. Laatstgenoemde gelijkheid is in gevaar wanneer men een ongelijke wijziging wil doorvoeren van oorspronkelijk gelijke statutaire rechten, m.a.w. wanneer men tussen alle vennoten of effecten of binnen een bepaalde categorie een ongelijkheid wil creëren, daar waar oorspronkelijk gelijkheid heerste⁶³. Zo wordt de materiële gelijkheid tussen de vennoten in een C.V. doorbroken wanneer via een besluit tot statutenwijziging overgeschakeld wordt van de regel van «een stem per aandeel» naar de regel van «een stem per hoofd» voor bepaalde vennoten, of wanneer voor bepaalde vennoten in een N.V. of C.V. een preferent dividend wordt ingevoerd.

Uiteraard kunnen altijd ongelijke rechten toegekend worden met instemming van alle vennoten. De vraag is echter of dit ook kan via een meerderheidsbesluit.

21. Voorts is het gehanteerde gelijkheidsbeginsel vrij formeel: beslissingen van de algemene vergadering of van het bestuur moeten voor de houders van aandelen van een zelfde categorie dezelfde gevolgen hebben⁶⁴.

Zulk een formeel gelijkheidsbeginsel dat enkel toeziet op een gelijke behandeling van degenen die formeel tot een zelfde categorie behoren, is echter een vrij arm en inhoudsloos beginsel. Voor zover het de gelijkheid van de aandelen of effecten betreft, belangt het vooral kapitaalvennootschappen aan waarin zulke gelijkheid de voorrang heeft boven de gelijkheid van de aandeelhouders zelf.

⁶³ Zie bv. Brussel, 22 juli 1902, *R.P.S.*, 1903, nr. 1404, blz. 60, met noot, m.b.t. een C.V. waarbij het recht op uittreden dat voor elke vennoot bestond, afgeschaft werd voor een bepaalde categorie van vennoten.

Zie, m.b.t. een N.V., Kh. Brussel, 3 november 1925, *R.P.S.*, 1925, nr. 2648, blz. 309.

⁶⁴ S. VAN CROMBRUGGE, *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Antwerpen, 1984, blz. 80; L. FREDERICO, *Traité*, V, nr. 492; P. VAN OMMESELAGHE, «Les devoirs des administrateurs et des actionnaires prépondérants envers les actionnaires d'une société en cas de cession du contrôle de cette société en droit belge et en droit comparé», in *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart*, Festschrift für J. Bärmann, München, 1975, blz. 1014.

22. Het geeft bovendien de indruk dat aandelen of aandeelhouders het koste wat het wil gelijk behandeld moeten worden. In dat opzicht is het dus stroef en weinig flexibel.

Niettemin zijn er gevallen denkbaar waarin het belang van de vennoten op een gelijke behandeling ondergeschikt is aan het belang van de vennootschap⁶⁵. In bepaalde gevallen moet het derhalve mogelijk zijn vennoten ongelijk te behandelen en dat in het belang van de vennootschap of omdat de vennoten nu eenmaal niet altijd gelijk zijn!

Een verfijning van het klassieke formele gelijkheidsbeginsel is dus wenselijk vanuit een materieel criterium des onderscheid, namelijk een criterium dat mogelijk moet maken na te gaan wanneer aandeelhouders of aandelen ongelijk zijn of wanneer een ongelijke behandeling gewettigd is. «De rechtvaardigheid als formele categorie die gelijke behandeling van gelijke gevallen voorschrijft, moet worden ingevuld met behulp van een materieel criterium dat op zijn beurt de neerslag vormt van het vigerend waardepatroon»⁶⁶.

Zo stelt de wetgever zelf aandeelhouders-beleggers, en vooral dan de minderheid onder hen, niet op gelijke voet met gewone aandeelhouders. Op de gelijke behandeling van de eerste groep, met name de houders van effecten van vennootschappen die een openbaar beroep op het spaarwezen doen, en zelfs beleggers in het algemeen⁶⁷, wordt blijkbaar nauwlettender toegekeken dan op de gelijke behandeling van aandeelhouders in het algemeen⁶⁸.

23. Het ziet er dus naar uit dat naar een vernieuwd gelijkheidsbeginsel gezocht moet worden, waarop onder bepaalde omstandigheden uitzonderingen toegestaan zijn, en dat voorts niet verder reikt dan nodig, namelijk een bescherming voor de aandeelhouders tegen machtsmisbruik van het bestuur of de meerderheid ter algemene vergadering.

Daartoe wordt voorgesteld het publiekrechtelijk gelijkheidsbeginsel, via de theorie van de derdenwerking van grondrechten, toe te passen in vennootschappelijke verhoudingen.

Duidelijkheidshalve wordt hierna eerst uitgegaan van de algemeen aanvaarde opvatting dat in het gelijkheidsbeginsel een grondrecht vervat ligt. Nadien zal de (voorzichtige) vraag gesteld worden of het in privaatrechtelijke verhoudingen niet eerder gezien moet worden als een plicht die rust op gezagdragers, dan als een recht.

⁶⁵ Zie, over deze belangenafweging, F.J.W. LÖWENSTEYN, «De naamloze vennootschap als raakpunt van contraire belangen», in *Honderd jaar rechtsleven*, blz. 91.

⁶⁶ J.H. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, 1979, blz. 56.

⁶⁷ Aldus drukt art. 109, § 2, van de Beurswet van 4 december 1990 het algemeen beginsel uit dat alle deelnemers aan gemeenschappelijke beleggingsinstellingen, nl. beleggingsfondsen, beleggingsvennootschappen en instellingen die vastgoedcertificaten uitgeven, gelijke rechten hebben: L. CORNELIS en J. PEETERS, «De gemeenschappelijke beleggingsfondsen en vennootschappen», in *De nieuwe Beurswetgeving*, Kalmthout, 1991, blz. 316.

⁶⁸ Vgl. A. BRUYNEEL: «Manifestement le législateur et la commission bancaire pensent à eux en termes de protection et d'égalité financiers plutôt qu'en termes de démocratie sociétaire à promouvoir; ils sont pris en charge mais pas nécessairement respectés; à force de protection et d'offres de retrait, les petits actionnaires ne sont-ils pas plus souvent poussés dehors que désirés», *Les offres publiques d'acquisitions. Réforme de 1989*, Brussel, 1990, blz. 84.

II. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL VAN DE ARTT. 6 EN 6BIS GRONDWET TOEGEPAST OP PRIVAATRECHTELIJKE VERHOUDINGEN

A. De rechtstreekse werking van grondrechten

24. De toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel in vennootschapsverhoudingen en in privaatrechtelijke verhoudingen in het algemeen kan inderdaad moeiteloos gebaseerd worden op de artt. 6 en 6bis van de Grondwet. In privaatrechtelijke verhoudingen geldt in beginsel geen ander gelijkheidsbeginsel dan in publiekrechtelijke verhoudingen.

Deze toepasselijkheid werd recent in de Belgische doctrine theoretisch onderbouwd vanuit de theorie van de rechtstreekse werking van grondrechten.

Dat de verplichting de grondrechten te eerbiedigen niet alleen rust op de overheid ten aanzien van de burgers maar ook op de burgers zelf ten aanzien van elkaar, wordt thans door de moderne doctrine niet meer betwist⁶⁹. M.a.w., aan grondrechten wordt naast een verticale werking, namelijk ten aanzien van de overheid, ook een horizontale werking of *derdenwerking* toegekend, namelijk ten aanzien van de andere burgers⁷⁰.

25. Er bestaat echter onenigheid omtrent de vraag of deze horizontale werking *indirect* dan wel *direct* van aard is. De heersende opvatting in België lijkt te zijn dat deze derdenwerking slechts indirect kan zijn, m.a.w. dat grondrechten enkel via de klassieke privaatrechtelijke begrippen als goede trouw, openbare orde, goede zeden, het privaatrecht kunnen binnensijpelen⁷¹.

Dirix staat evenwel de rechtstreekse werking van die rechten in privaatrechtelijke verhoudingen voor⁷². Er anders over oordelen zou volgens de auteur immers betekenen dat

aan bepalingen van de Grondwet of van het E.V.R.M. die de naleving van grondrechten voorschrijven, een mindere normatieve werking toekomt dan aan andere wettelijke bepalingen⁷³: een rechtsnorm geldt of hij geldt niet.

26. De burger moet evenwel niet op dezelfde wijze als de overheid de grondrechten van zijn medeburgers respecteren.

Het tegendeel aannemen zou betekenen dat elke burger zijn medeburgers die zich ten aanzien van hem in gelijke omstandigheden bevinden, gelijk moet behandelen: sluit ik met A een arbeidsovereenkomst, dan ben ik verplicht dat ook te doen met B indien hij aan dezelfde voorwaarden beantwoordt als A. Het staat mij echter krachtens het beginsel van de contractsvrijheid volkomen vrij te contracteren wanneer ik wil én met wie ik wil, afgezien uiteraard van de wettelijke en rechterlijke beperkingen⁷⁴ aan deze vrijheid. Het recht op gelijke behandeling van de ene burger komt dus in aanvaring met de contractsvrijheid van de andere burger⁷⁵.

Terecht merkt Dirix dus op dat een consequent doordachte rechtstreekse werking van grondrechten zichzelf dan ook ondergraaft: «(...) in plaats van de rechten en vrijheden in de private sfeer veilig te stellen brengt zij de individuele vrijheid in het gedrang»⁷⁶.

27. De compromisoplossing bestaat er dan in enerzijds de rechtstreekse derdenwerking van grondrechten te aanvaarden, maar anderzijds aan deze rechten een andere inhoud toe te kennen al naar gelang de eerbiediging ervan afgedwongen wordt van medeburgers dan wel van de overheid⁷⁷. M.a.w. de normen waarin grondrechten vervat liggen binden, maar worden verschillend geïnterpreteerd al naar gelang van de rechtsverhouding waarbinnen de naleving ervan afgedwongen wordt.

⁶⁹ Anders: A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, 1985, nr. 439, blz. 490; vgl. ook F. DE GRAAF en M.J.O.M. DE HAAS, «Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk», *N.J.B.*, 1984, 1353, nr. 43.

⁷⁰ Zie over dit alles de grondige bijdrage van E. DIRIX, «Grondrechten en overeenkomsten», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, 1982, nr. 10, blz. 49; M.C. BURKENS, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle, 1989, nr. 8.1 e.v.; A.K. KOEKKOEK en W. KONIJNENBELT, «Het raam van hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet», in *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet. Jeukens-bundel*, Nijmegen, 1982, blz. 16; ALKEMA, «Toepassing van de Europese conventie van de Rechten van de Mens in België resp. Nederland»; *Preadvies voor de Vereniging voor vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1985, blz. 16; H. DRION, «Civielrechtelijke werking van de grondrechten», *N.J.B.*, 1969, 585; J. BOESJES, «De horizontale werking van grondrechten», *N.J.B.*, 1973, 905; W. KOEKKOEK, «De betekenis van grondrechten in het privaatrecht», *W.P.N.R.*, 1985, nr. 5742.

⁷¹ K. RIMANQUE en P. PEETERS, «De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, 1982, blz. 11, evenals de bijdrage van A. VAN OEVELEN, «Eerbiediging van grondrechten en het woonrecht», nr. 10, blz. 103; K. RIMANQUE, «Nationale bescherming en grondrechten», *T.B.P.*, 1981, 41; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «L'ordre public et les droits de l'homme», *J.T.*, 1968, 658.

⁷² Zie voor voorbeelden uit de rechtspraak E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, «Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984)», *R.W.*, 1985-86, 83, nr. 27.

⁷³ Uiteraard zijn er grondrechten waaraan, gelet op hun aard, geen horizontale werking, laat staan rechtstreekse horizontale werking, kan toekomen. Ter illustratie kan verwezen worden naar de artikelen 4 en 5 Gw. (verkrijgen van de Belgische nationaliteit), art. 13 Gw. (burgerlijke dood) en de verdere opsomming bij E. DIRIX, «Grondrechten en overeenkomsten», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, 1982, blz. 40. Zulke rechten kunnen uiteraard enkel afgedwongen worden van de overheid.

⁷⁴ Zie onder meer D. PHILIPPE, «De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst», in *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, 1990, blz. 545.

⁷⁵ Ter oplossing van dergelijke botsingen tussen grondrechten kunnen wellicht geen abstracte en voor alle gevallen geldende regels geformuleerd worden: zie daarover R. TORFS, «Grundrechtskollisionen. Vluchten kan nog steeds», *Jura Falconis*, 1981-82, 103 e.v., die het o.m. heeft over de botsing tussen het recht op privé-leven en het recht op huwelijk; E. DIRIX, «Grondrechten en overeenkomsten», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, 1982, blz. 50.

⁷⁶ E. DIRIX, «Grondrechten en overeenkomsten», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, 1982, blz. 43 en 50; B. PEETERS, «De verhouding tussen openbare diensten en hun gebruikers: een contractuele of reglementaire relatie?», *R.W.*, 1990-91, 145, nr. 25; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 1979, blz. 53 en 54.

⁷⁷ In die zin E. DIRIX, «Grondrechten en overeenkomsten», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, 1982, blz. 50.

B. Draagwijdte van het privaatrechtelijk gelijkheidsbeginsel

28. Grondrechten hebben dus veelal een andere inhoud in privaatrechtelijke verhoudingen. Naarmate de verhouding tussen de burgers echter meer gelijk op de machtsverhouding burger/overheid zal de inhoud ervan ook meer gelijklopend zijn.

Dit kan juist bijzonder duidelijk aangetoond worden m.b.t. de mate waarin burgers ten aanzien van elkaar het gelijkheidsbeginsel dienen te respecteren.

Hiervoren is benadrukt dat rechtstreekse derdenwerking van het gelijkheidsbeginsel niet als gevolg mag hebben dat een in het privaatrecht hoog aangeschreven beginsel als de contractsvrijheid in het gedrang komt: ik mag dus mijn huis verkopen aan B omdat hij mijn persoonlijke voorkeur geniet en dat zelfs op grond van onredelijke of onbegrijpelijke motieven zonder dat ik daarvoor enige verantwoording verschuldigd ben aan andere aspirant-kopers en dat niettegenstaande zij mij gelijke garanties bieden.

Een van de drie facetten van de contractsvrijheid bestaat er immers in dat ik mag contracteren met wie ik wil, naast de vrijheid te contracteren wanneer ik wil en de vrijheid om de inhoud van de overeenkomst zélf te bepalen⁷⁸.

Aangenomen wordt echter dat contractswijgering onrechtmatig wordt telkens wanneer het vrije marktmechanisme, dat de gelijkheid van het aan het ruilverkeer deelnemen de partners onderstelt, verstoord wordt door een economische machtspositie van een van hen. In zo'n geval moet het principe van de contractuele vrijheid van de machthouder de plaats ruimen voor het principe van de gelijke behandeling.

Deze vaststelling bracht Van Gerven ertoe een algemene regel te formuleren die niet alleen in het publiekrecht t.a.v. het bestuur maar ook in het privaatrecht zou gelden, nl. dat de houder van een macht de aan zijn macht onderworpen personen op gelijke wijze moet behandelen⁷⁹.

Burgers, zo kan men besluiten, moeten elkaar dus niet altijd gelijk behandelen. Zulk een eis zou strijden met andere fundamentele rechten, zoals de contractsvrijheid of het ruimer zelfbeschikkingsrecht⁸⁰. Kan tussen burgers echter een

gezagsverhouding erkend worden, dan moeten de bovengeschilden de aan hen ondergeschikten wel gelijk behandelen.

29. Deze vaststelling is van bijzonder belang voor hetgeen volgt.

Is immers niet reeds door gezaghebbende auteurs de gelijkenis opgemerkt tussen de (machts)verhouding van het bestuur van een vennootschap t.a.v. de vennoten evenals van de meerderheid der vennoten t.a.v. de minderheid, enerzijds, en tussen de burger en de overheid, anderzijds⁸¹? Vandaar precies dat het vennootschapsrecht een gelukkig toepassingsgebied is gebleken voor import van leerstukken uit het publiekrecht⁸². Men denke aan de toepassing van de theorie van de bevoegdheidsafwending op bestuurders van vennootschappen die hun bevoegdheid aanwenden in een ander belang dan dat van de vennootschap⁸³ of aan de toepassing van de uit het publiekrecht stammende marginale toetsing op beleidsbeslissingen van bestuurders⁸⁴.

Welnu, opnieuw ziet het ernaar uit dat de rechter voor de beoordeling van de draagwijdte van het gelijkheidsbeginsel in vennootschappelijke verhoudingen en vooral dan voor

heitsgrundsatz und Testierfreiheit», in *Festschrift für H.C. Nipperdey*, München/Berlin, 1965, blz. 581.

⁸¹ Zie recent nog, M. VAN DAMME, «Goede trouw van burger en bestuur», *R.W.*, 1989-90, 1108.

⁸² Niettegenstaande de titel van de bijdrage van J. MERTENS DE WILMARS, nl. «Van privaat- naar publiekrecht: eenrichtingsverkeer?», in *Recht voor morgen*, Antwerpen, 1983, blz. 59 e.v.; W. VAN GERVEN, «Aan de samenvloeiing van privaat- en publiekrecht: gelede normstelling en beginselen van behoorlijk handelen», in *In orde. Liber amicorum Pieter Verloren van Themaat*, Deventer, 1982, blz. 99 e.v.

⁸³ Zie J. RONSE, *Preadvies over nietigheid van besluiten van organen van de naamloze vennootschap*, Zwolle, 1966, blz. 25; P.A. FORTIERS, F. MAUSSON en L. SIMONT, «L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial belge», in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions*, Travaux de l'association Henri Capitant, XXVIII, Parijs, 1980, blz. 175 e.v.

⁸⁴ J. RONSE, «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, blz. 208; W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins*, Antwerpen, 1984, blz. 57 e.v.; G.J. WIARDA, «De rechter tegenover vage rechtsnormen», *R.W.*, 1973-74, 188; J.M. POLAK, «Marginale toetsing en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ondernemen en handelen», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986, blz. 41 e.v.; W. VAN GERVEN, «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 972; M. BOES, «Rechter en bestuur. Redelijkheid zorgvuldigheid en marginale toetsing», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986, blz. 8; J. RONSE e.a., «Overzicht van rechtspraak (1978-1985). Vennootschappen», *T.P.R.*, 1274 en 1275, nr. 256, en de aldaar aangehaalde verwijzingen; L. SIMONT, «Le devoir d'information. Sanctions et responsabilités», in *l'entreprise et ses devoirs d'information en matière économique et sociale*, C.D.V.A., 1979, blz. 360; L. SIMONT en A. BRUYNEEL, «Chronique de droit bancaire», *T. Bankw.*, 1979, 702 e.v.; P. VAN OMMESSLAGHE, «Développements récents de la responsabilité civile en matière économique», in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, J.B., 1978, blz. 30 e.v.

Anders: L. CORNELIS, «De aansprakelijkheid van beheerders na faillissement», *B.R.H.*, 1981, 128 e.v.; dezelfde, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad*, Antwerpen, 1989, nr. 35, blz. 52; C. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite», *B.R.H.*, 1986, 747, nr. 6; H. VANDENBERGHE, e.a., «Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad», *T.P.R.*, 1980, 1163, nr. 16.

Vgl. K. GEENS, *Het vrij beroep*, Leuven, 1986, nr. 383, blz. 248.

⁷⁸ J. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, 1979, blz. 6.

⁷⁹ W. VAN GERVEN, «Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht», *S.E.W.*, 1971, 414. Zie ook MEYER-CORDING, «Der Gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht», in *Festschrift für H.C. Nipperdey*, I, 1965, blz. 537, die juist ter ondersteuning van deze regel de in Duitsland wettelijke verplichting aanhaalt voor bestuurders van een vennootschap om de aandeelhouders gelijk te behandelen; W. VAN GERVEN, H. COUSY en J. STUYCK, *Handels- en Economisch recht*, Deel 1, A, 1989, nr. 22, blz. 24; W. VAN GERVEN, «Variaties op het thema misbruik», *R.W.*, 1979-80, 2492.

⁸⁰ Zo kan de testeervrijheid binnen de grenzen van het beschikbaar gedeelte volkomen willekeurig uitgeoefend worden. Bij bevoordeling van bepaalde verwanten, vrienden of derden, derhalve bij ongelijke behandeling, kunnen de meest nobele en verantwoorde motieven voorzitten, maar evenzeer de meest arbitraire of willekeurige: R. DILLEMANS, *Testamenten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen/Utrecht, 1971, blz. 2; M. COENE, «Grondrechten en testeervrijheid», in *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, 1982, blz. 311. Vgl. P. MIKAT, «Gleich-

de beoordeling van de vraag wanneer aan dit beginsel rechtmatig afbreuk kan worden gedaan, m.a.w. onder welke voorwaarden discriminatie geoorloofd is, bij het publiekrecht in de leer kan gaan, meer bepaald bij de rechtspraak dienaangaande van het Hof van Cassatie, de Raad van State en recentelijk ook van het Arbitragehof ⁸⁵.

C. Verantwoorde uitzonderingen op het publiekrechtelijk gelijkheidsbeginsel: criteria

30. Aangenomen wordt dat de overheid het gelijkheidsbeginsel respecteert wanneer burgers die zich in gelijke omstandigheden bevinden, gelijk worden behandeld ⁸⁶, of omgekeerd wanneer burgers die zich in ongelijke omstandigheden bevinden, ongelijk worden behandeld ⁸⁷.

Belangrijker echter voor hetgeen volgt is de vraag wanneer een ongelijke behandeling van op het eerste gezicht gelijke toestanden gewettigd is, of anders uitgedrukt: wanneer is discriminatie toch geoorloofd?

Uit de omvangrijke doctrine en uit een vergelijkende lezing van de rechtspraak dienaangaande van de drie voormelde rechtscolleges, namelijk het Arbitragehof, de Raad van State en het Hof van Cassatie, volgt dat een ongelijke of discriminatoire behandeling geoorloofd is wanneer aan drie criteria is voldaan. Wellicht zijn nog andere criteria denkbaar. Maar hoe kan het anders ten aanzien van een begrip, te weten de gelijkheid, dat samenvalt met het rechtvaardig-

heidsbegrip zelf ⁸⁸ en waarover derhalve «tot in het oneindige geredetwist kan worden» ⁸⁹. Over de hierna volgende criteria bestaat evenwel een ruime consensus.

Allereerst moet voor de ongelijke behandeling een objectieve en redelijke verantwoording voorhanden zijn ⁹⁰, m.a.w. het gelijkheidsbeginsel verbiedt *willekeurige* discriminatie ⁹¹. Vervolgens moet de ongelijke behandeling in verband staan met het wettig nagestreefde doel ⁹², m.a.w. het moet relevant of pertinent zijn ten aanzien van het te bereiken doel. En ten slotte moet er een redelijke ⁹³ verhouding bestaan tussen de aangewende middelen en het beoogde doel ⁹⁴.

⁸⁸ U. MEYER-CORDING, «Der gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht», in *Festschrift für H.C. Nipperdey*, München-/Berlijn, 1965, blz. 540.

⁸⁹ A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 1987, nr. 447, blz. 521.

⁹⁰ Cass., 5 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 328, met concl. adv.-gen. D'HOORE; Cass., 6 februari 1987, *Alg. Fisc. T.*, 1987, 232, met noot M. AERTS; Cass., 13 mei 1982, *J.T.*, 772, met concl. adv.-gen. VELU; Cass., 1 april 1982, *R.C.J.B.*, 1984, 636, met noot P. QUERTAINMONT, «La protection des déposants d'une banque faillie par l'Institut de réescompte et de garantis et la règle de l'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la cour de cassation», in *Les créanciers et le droit de la faillite*, C.D.V.A., 1982, nr. 42, blz. 69; Cass., 5 mei 1980, *Pas.*, 1980, I, 1905; Cass., 12 juni 1978, *Pas.*, 1978, I, 1168; Cass., 14 januari 1976, *Pas.*, 1976, I, 538, *R.W.*, 1975-76, 1753, met concl. adv.-gen. F. DUMON; Cass., 20 november 1975, *Pas.*, 1976, I, 347, met concl. adv.-gen. VELU, *J.T.*, 1976, 295, met noot J. KIRKPATRICK, «A propos de l'application du principe de l'égalité devant l'impôt»; R.v.St., 14 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2036, met noot L.P. SUETENS, «Het verbod van willekeur bij benoemingen en bevorderingen van ambtenaren»; Arbrb. Nijvel, 24 juni 1987, *J.T.T.*, 1987, 446, met noot.

Zie ook Arbitragehof, 25 januari 1990, *Staatsbl.*, 10 februari 1990; Arbitragehof, 31 oktober 1991, *Staatsbl.*, 15 november 1991.

⁹¹ Zo ook in Nederland: zie A. MULDER en R. WINTER, «Gelijkheid en gelijkheidsbeginsel», in *Liber amicorum J. Mertens de Wilmars*, Antwerpen-Zwolle, 1982, blz. 177; J. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, 1979, blz. 40.

⁹² D. LAGASSE, «La loi-programme du 30 décembre 1988 imposait-elle aux laboratoires non hospitaliers de biologie clinique des conditions d'exploitation discriminatoires par rapport aux laboratoires hospitaliers?», *J.T.*, 1990, 8, nr. 6.2; M. LEROY, «Sur la frontière entre distinction admissible et discrimination prohibée», in *Mélanges offerts à Raymond Vanderelst*, Brussel, 1986, blz. 560.

⁹³ Wat volgens sommige auteurs inhoudt dat de rechterlijke toetsing marginaal dient te geschieden: A. ALLEN, «Het arbitragehof, meer dan 'een grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid'», noot onder Arbitragehof, nr. 18/90, 23 mei 1990, nr. 5.1, *R.W.*, 1990-91, 86. Zie vooral A. ALLEN en P. PEETERS, «Bundestreue», in het Belgisch grondwettelijk recht», *R.W.*, 1989-90, 1135, nr. 29.

⁹⁴ Zie recent nog Arbitragehof, nr. 18/90, 23 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 75, met noot A. ALLEN, «Het arbitragehof, meer dan 'een grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid'»; Arbitragehof, nr. 23/89, 13 oktober 1989, *Staatsbl.*, 8 november 1989, *T.R.V.*, 1989, 527, met noot K.G., *J.T.*, 1990, 4, met noot D. LAGASSE, «La loi-programme du 30 décembre 1988 imposait-elle aux laboratoires non hospitaliers de biologie clinique des conditions d'exploitation discriminatoires par rapport aux laboratoires hospitaliers», *Rev. Rég.Dr.*, 1980, 611, met noot X. DELGRANGE, «Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg». Geoordeeld werd dat art. 17 van de programmawet van 30 december 1988 (*Staatsbl.*, 5 januari 1989) de grondwettelijke regels van gelijkheid en niet-discriminatie schond door aan sommige categorieën van klinische laboratoria buitensporige beperkingen op te leggen waardoor hun

⁸⁵ Zie, voor een omschrijving van de draagwijdte van dit beginsel in het publiek recht, *Gelijkheid en non-discriminatie*, Kluwer, Antwerpen, 1991 en o.m. de erin gepubliceerde verslagen van L.P. SUETENS, «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof»; J.M. PIRET, «Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de cassation»; P. MARTENS, «Egalité et non-discrimination devant le Conseil d'Etat»; A. ALLEN, «Gelijkheid en non-discriminatie in het interne recht: synthese»; A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 1987, nr. 446, blz. 521; M. LEROY, «Sur la frontière entre distinction admissible et discrimination prohibée», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, 1986, blz. 558 e.v.; G. CRAENEN, «De Raad van State als beschermer van rechten en vrijheden», *R.W.*, 1970-71, 1025 e.v.; P. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Brussel, 1981, blz. 320; C. PERELMAN, «Egalité et justice», in *L'égalité*, Brussel, 1977, blz. 325.

Voor Nederland: A. MULDER en R. WINTER, «Gelijkheid en gelijkheidsbeginsel», in *Liber amicorum J. Mertens de Wilmars*, Antwerpen/Zwolle, 1982, blz. 159.

⁸⁶ A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 1987, nr. 447, blz. 522; M. LEROY, «Sur la frontière entre distinction admissible et discrimination prohibée», in *Mélanges offerts à Raymond Vanderelst*, Brussel, 1986, blz. 558; K. GEENS, «Binden circulaires, toezeggingen of inlichtingen de fiscus?», *Fiskofoon*, 1983, 10; F. VANISTENDAELE, «De rechtsbescherming van de belastingplichtige onder de Belgische Grondwet: het gelijkheidsbeginsel», in *Liber amicorum A. Tiberghien*, blz. 381 e.v. Vgl. voorts K. GRIMONPREZ, «Het Hof van Cassatie en vijftienvintig jaar Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden», *R.W.*, 1981-82, 2657; Cass., 2 september 1981, *Arr.Cass.*, 1981-82, 4.

⁸⁷ A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 1987, nr. 446, blz. 521; A. ALLEN, *Algemene inleiding tot het Belgisch publiek recht*, Brussel, 1986, blz. 283 e.v.; voor Duitsland: M. LEPA, *Der Inhalt der Grundrechte*, Bonn/Karlsruhe, 1985; voor Nederland, C.W. VAN DER POT en A.M. DONNER, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle, 1983, blz. 225.

Deze laatste voorwaarde is een toepassing van het zogenaamd proportionaliteits- of evenwichtsbeginsel⁹⁵.

Voorzeker is het onderscheid tussen die drie voorwaarden niet altijd even nauwkeurig te maken.

De eerste twee kunnen in ieder geval samengevat worden in één voorwaarde, namelijk dat ongelijke behandeling of discriminatie geoorloofd is wanneer deze een wettig doel nastreeft, d.w.z. een doel dat past in het kader van het algemeen belang: «Le critère de l'intérêt général fixe la mesure dans laquelle la loi ou l'administration peuvent porter atteinte au principe d'égalité (...)»⁹⁶. Hoewel het algemeen belang als dusdanig niet bij de drie klassieke criteria vermeld wordt, zal een ongelijke behandeling toch uiteindelijk haar grondslag moeten vinden in het algemeen belang: m.a.w., een ongelijke behandeling is alleen verantwoord zo het algemeen belang dit noodzaakt⁹⁷.

De derde voorwaarde verschilt echter wél wezenlijk van de twee vorige en voegt daaraan een element toe dat een betere beoordeling van de redelijkheid van de discriminerende maatregel mogelijk maakt. Als variant van het gelijkheidsbeginsel mag het evenredigheidsbeginsel trouwens gerekend worden tot de beginselen van behoorlijk bestuur⁹⁸. Om geoorloofd te zijn moet een discriminerende maatregel dus niet alleen een wettig doel nastreven dat past

in het kader van het algemeen belang, maar moet hij daarenboven in redelijke verhouding staan tot dat nagestreefde doel⁹⁹.

III. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL VAN DE ARTT. 6 EN 6BIS GRONDWET TOEGEPAST OP VENNOOTSCHAPPELIJKE VERHOUDINGEN

31. Het komt er nu op aan het gelijkheidsbeginsel met een aan privaatrechtelijke verhoudingen geadapteerde, dus beperktere, inhoud, namelijk als verplichting voor gezagdragers t.a.v. de aan hen ondergeschikten, in te passen in de vennootschappelijke verhoudingen.

Zoals hierboven is aangegeven, is de opzet daarvan een meer flexibel gelijkheidsbeginsel voorop te stellen waarop onder welbepaalde omstandigheden uitzonderingen geoorloofd zijn.

Verder toont zulk een aangepast gelijkheidsbeginsel beter aan hoever de verplichting van de vennootschappelijke gezagdragers reikt om bij hun besluitvorming anderen dan aandeelhouders, namelijk derden, gelijk te behandelen, en omgekeerd, hoever de verplichting reikt voor derden om aandeelhouders gelijk te behandelen. Sommige auteurs staan immers een extensieve interpretatie voor van de gelijkheidsgedachte in vennootschappelijke rechtsverhoudingen: het zou niet alleen gaan om een *interne* gedragsregel die door vennootschapsorganen in acht genomen moet worden t.a.v. aandeelhouders, maar ook om een *externe* gedragsregel die t.a.v. derden en door derden in acht genomen moet worden.

A. Geoorloofde ongelijke behandeling van aandeelhouders

32. Voormelde principes m.b.t. de geoorloofdheid van ongelijke behandeling van burgers door de overheid kunnen zonder veel moeite toegepast worden op de vennootschappelijke rechtsbetrekkingen, meer bepaald op de besluitvorming door de algemene vergadering of de raad van bestuur. Daartoe is het voldoende in de hierboven vermelde criteria het begrip algemeen belang te vervangen door het belang van de vennootschap.

Een besluit van een orgaan waardoor niet alle vennoten die zich in dezelfde omstandigheden bevinden, gelijk behandeld worden, zal niettemin geldig zijn wanneer voor deze ongelijke behandeling een redelijke en objectieve verantwoording voorhanden is, rekening houdend met het belang van de vennootschap¹⁰⁰. M.a.w. alleen een *willekeurige* ongelijke

vrijheid van vereniging op een onevenredige manier aangetast werd, terwijl die beperkingen niet nodig waren om het nagestreefde doel, nl. het indijken van de overconsumptie in de sector van de klinische biologie, te bereiken. Zie voorts J. VELAERS, «Discriminatie in de sector van de klinische biologie: de zaak Biorim voor het Arbitragehof», *T.B.P.*, 1990, 454; P. DE RIDDER, «De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof», *R.W.*, 1990-91, 489. Zie ook Arbitragehof, 13 juli 1989, *Staatsbl.*, 21 juli 1989.

Zie verder over de vrijheid van vereniging: N. HOLLANDERS DE OUDERAEN, «De vrijheid van vereniging in vennootschapsverband», *T.R.V.*, 1990, 211; F.J.W. LÖWENSTEYN, «Het recht van vereniging. Het verenigingsrecht», in *Grondrechten. Commentaar op Hoofdstuk I van de herziene grondwet*, Nijmegen, 1982, blz. 200.

Zie, over het proportionaliteitsbeginsel toegepast op het gelijkheidsbeginsel, Europese Commissie voor de rechten van de mens, 6 september, *J.L.M.B.*, 1989, 1294; Brussel, 21 december 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 938.

⁹⁵ Zie o.m. F. DELPÉRIE, «Le principe de proportionnalité et droit public», in *Rapports belges au Xe congrès international de droit comparé*, Brussel, 1978, blz. 516.

⁹⁶ P. QUERTAINMONT, «La protection des déposants d'une banque faillie par l'Institut de réescompte et de garantie et la règle de l'égalité des citoyens devant la loi», noot onder Cass., 1 april 1982, *R.C.J.B.*, 1984, 665, nr. 20; D. VAN HEUVEN, «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, 588; R.v.St., 12 maart 1984, *J.T.*, 1984, 293, met verslag van auditeur M. LEROY; R.v.St., 2 september 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 1531, met noot P. MARTENS, «L'exception d'illégalité: entre l'injustice et le désordre».

⁹⁷ Zie A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 1987, nr. 447, blz. 523: «In werkelijkheid beschouwt men als strijdig met het gelijkheidsbeginsel de voorzieningen en maatregelen die (...) niet met een oogmerk van algemeen nut in verband kunnen gebracht worden.»

⁹⁸ L.P. SUETENS, «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State», *T.B.P.*, 1981, 87; M. BOES, «Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986, blz. 9; A. ALÉN en P. PEETERS, «Bundestreue' in het Belgisch grondwettelijk recht», *R.W.*, 1989-90, 1137, nr. 32.

⁹⁹ Zie het Taalarrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 23 juli 1968, *Publikatieblad van het Europees Hof voor de Rechten van de mens*, 1968, 34.

¹⁰⁰ Zie F.J. LÖWENSTEYN, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*, Zwolle, 1959, blz. 250. Deze auteur haalt als voorbeeld van ongelijke behandeling in het belang van de vennootschap de inkoop door het bestuur van een N.V. van haar eigen aandelen aan. Daarbij hield hij uiteraard geen rekening met de nieuwe procedure voor inkoop van eigen aandelen als bepaald in art. 98 en art. 207 N.B.W. Boek 2 aangezien deze pas later in werking trad. Hij toonde niettemin duidelijk aan hoe het vereiste van gelijke behandeling van vennoten uiteindelijk onderschikt is aan het belang van de vennootschap. *Ongeoorloofde*

behandeling is verboden ¹⁰¹.

Bovendien moeten de aangewende middelen, met name de ongelijke behandeling, in redelijke verhouding staan tot het nagestreefde doel.

Aldus zal een meerderheidsbesluit van de algemene vergadering waarbij ongelijke rechten gewijzigd worden in vennootschappen andere dan een N.V. (procedurele gelijkheid), of waarbij gelijke rechten ongelijk gewijzigd worden in welke vennootschap ook (materiële gelijkheid) ¹⁰², niettemin geldig zijn wanneer zulk een besluit niet willekeurig is, m.a.w. verantwoord kan worden in het belang van de vennootschap, én wanneer de aangewende middelen in redelijke verhouding staan met het nagestreefde doel. Op grond van dit laatste criterium zal een besluit waarbij het belang van de vennoten op gelijke behandeling op buitensporige of onredelijke wijze opgeofferd wordt aan het belang van de vennootschap, ongeldig zijn.

Voormelde criteria ter verantwoording van een ongelijke behandeling van aandelen of van vennoten kunnen uiteraard ook toegepast worden op besluiten van het bestuur. Men denke bv. aan het besluit waarbij de raad met toepassing van het toegestane kapitaal het voorkeurrecht gedeeltelijk opheft overeenkomstig art. 34bis, § 4, tweede lid, Venn.W. ¹⁰³. In genoemd wetsartikel wordt trouwens uitdrukkelijk bepaald dat deze bevoegdheid enkel uitgeoefend kan worden in het belang van de vennootschap.

ongelijke behandeling zou zich volgens Löwensteyn voordoen wanneer het bestuur bepaalde aandeelhouders met opzet bevoordeelt door alleen hun aandelen te kopen, met name wanneer zulks geschiedt tegen een onredelijk hoge koers: in zo'n geval streeft het bestuur er immers niet naar de inkoop zo evenredig mogelijk over de aandeelhouders te verdelen. Deze ongelijke behandeling is echter *geoorloofd* wanneer, zo vervolgt Löwensteyn, de evenredigheid verbroken werd in het belang van de N.V.: men denke aan het uitkopen van een concurrent die aandelen heeft. Zie voorts W.J. SLAGTER, «De inkoop van inkoop van eigen aandelen door de naamloze vennootschap», *T.V.V.S.*, 1963-64, 147.

¹⁰¹ Zie in die zin G. SUETENS-BOURGEOIS, *De verhouding meerderheid-minderheid in de vennootschap*, Leuven, 1969, nr. 477, blz. 293, met verwijzing naar W. GUNTHER, *Grenzen der Mehrheitsmacht im Aktienrecht bei der verschmelzenden Umwandlung auf den Hauptgesellschafter*, Tübingen, 1964, blz. 60, en naar G. HUECK, *Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, München/Berlin, 1958, blz. 180; Y. SCHOENTJES-MERCHERS, «La nullité des décisions d'organes de sociétés et en particulier la nullité pour violation d'un principe général de droit», noot onder Brussel, 13 januari 1971, *R.C.J.B.*, 1973, 279; E. GESSLER, W. HEFERMEHL, V. ECKARDT en B. KROPFF, *Aktiengesetz*, München, 1973, blz. 149: «Eine ungleiche Behandlung der Aktionäre ist zulässig, wenn sie sachlich berechtigt ist und damit nicht den Charakter der Willkür trägt»; *Aktiengesetz. Grosskommentar*, I, Berlin, 1970, blz. 65; A. BAUMBACH, A. HUECK en G. HUECK, *Aktiengesetz*, München, 1968, blz. 30.

¹⁰² Zie bv. Brussel, 16 januari 1957, *R.P.S.*, 1958, nr. 4730, blz. 15, met noot R. PHILIPS, waarbij een voorkeursdividend dat in de statuten van een C.V. was toegekend aan de oprichters met een drievierde meerderheid wordt afgeschaft.

¹⁰³ Zie voor Duitsland, H. HIRTE, «Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung beim Bezugsrechtsausschluss», *Z.H.R.*, 1990, 374 e.v.

B. De verplichting van het bestuur derden gelijk te behandelen

33. De vennootschappelijke gezagdragers hoeven niet te zorgen voor de gelijke behandeling van anderen dan degenen die aan hen ondergeschikt zijn.

Sommigen, zoals de Rechtbank van Koophandel te Brussel bij vonnis van 26 oktober 1988, gaan verder en oordelen dat het bestuur bij de toepassing van een statutaire aanvaardingsclausule ook de gelijkheid tussen «alle marktdeelnemers», d.w.z. zowel de vennoten-verkopers van aandelen als tussen de aspirant-kopers van aandelen, zijnde *derden*, moet respecteren ¹⁰⁴. Aangezien de omstandigheden van het geval wel bijzonder specifiek waren, dienen ze in 't kort vermeld te worden.

Gelet op een statutaire aanvaardingsclausule vroegen een aantal aandeelhouders van de relatief besloten en niet ter beurze genoteerde N.V. Société Générale des Minerais aan hun raad van bestuur de overdracht van hun aandelen goed te keuren tegen een prijs van 3000 à 3500 frank. De raad, die op dat ogenblik wist dat een openbaar bod op komst was op alle aandelen van de N.V. tegen een veel hogere prijs, weigert in te stemmen met de voorgenomen verkoop zonder evenwel aan de verkopers en de geweigerde kopers haar motief daartoe kenbaar te maken.

Korte tijd nadien vindt het openbaar bod plaats door de N.V. Union Minière tegen een prijs van 10.700 frank per aandeel.

De geweigerde kopers stellen een aansprakelijkheidsvordering in tegen de N.V. Société Générale des Minerais ter vergoeding van de winst die zij derfden doordat deze vennootschap hen als aandeelhouders weigerde. Daardoor verkeken zij namelijk hun kans om aandelen met forse winst te verkopen aan de N.V. Union Minière.

De rechtbank achtte deze vordering gegrond en steunde daartoe onder meer op de overweging dat de raad van bestuur van de N.V. Société Générale des Minerais door in de voormelde omstandigheden de verkoop van aandelen te weigeren en derhalve door de aanvaardingsclausule aan te wenden in het voordeel van haar eigen aandeelhouders «de gelijkheid tussen de marktdeelnemers», waaronder dus blijkbaar de geweigerde kopers en alle andere potentiële kopers van aandelen begrepen dienen te worden, doorbreekt.

34. De in het vonnis vertolkte opvatting dat een vennootschap bij haar besluitvorming — in het onderhavige geval het instemmen met een aspirant-koper van aandelen op grond van een statutaire aanvaardingsclausule — ook derden, met name potentiële kopers van aandelen die als derden beschouwd moeten worden ¹⁰⁵, ten aanzien van haar ei-

¹⁰⁴ Kh. Brussel, 26 oktober 1988, *T.R.V.*, 1989, 58, met kritische noot van K. GEENS, «Mag de raad van bestuur oneigenlijk gebruik maken van een aanvaardingsclausule om de verkoper het voordeel te gunnen van voorwetenschap?»

¹⁰⁵ Ook de kandidaat-kopers die reeds aan de vennootschap voorgesteld werden en naderhand geweigerd worden, blijven derden: F. GILSON, «De la clause des status d'une société anonyme subordonnant le transfert des actions nominatives à l'agrément du conseil d'administration», *R.P.S.*, 1956, nr. 4554, blz. 57; L. SIMONT, *La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*, Brussel, 1975, nr. 44, blz. 42. Vgl. K. GEENS, «Vooronderstelt een aanvaardingsclausule in een naamloze vennootschap dat

gen aandeelhouders gelijk moet behandelen, gaat ongetwijfeld te ver.

In voormeld geval was er geen enkele reden om aan te nemen dat de Société Générale des Minerais moest waken over de gelijke behandeling van haar vennoten én van de derden, met name potentiële kopers van haar aandelen.

35. Het vonnis houdt daarenboven een schending in van de vaststaande regel naar luid waarvan het bestuur van een vennootschap haar wettelijke of statutaire bevoegdheden enkel kan uitoefenen in het belang van de vennootschap. Het gaat immers om doelgebonden bevoegdheden¹⁰⁶. Daarmee wil vooral beklemtoond worden dat zulke bevoegdheden niet in het eigen belang van de houder, in casu het bestuur, uitgeoefend mogen worden, maar evenmin in een ander belang, zoals dat van derden. Er zij opgemerkt dat de Commissie voor Bank- en Financieuzen dit doelgebonden karakter precies in verband met de statutaire bevoegdheid van de raad van bestuur om overdrachten van aandelen goed te keuren, heeft benadrukt¹⁰⁷.

Aanvaardt men namelijk, zoals het voormelde vonnis, dat het bestuur van een vennootschap moet waken over de gelijke behandeling van aspirant-overnemers van aandelen, dan aanvaardt men meteen dat op het bestuur de verplichting rust rekening te houden met andere belangen dan het vennootschapsbelang.

Welnu, op een privaatrechtelijke rechtspersoon rust die verplichting in beginsel niet¹⁰⁸: de verplichting de gelijkheid

aandelen op naam zijn?», *T.R.V.*, 1989, 421, nr. 26; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, Leuven/Gent, 1973, nr. 325, blz. 171.

¹⁰⁶ W. VAN GERVEN, H. COUSY en J. STUYCK, *Handels- en Economisch Recht*, Deel 1, A, 1989, nr. 29, blz. 33; J. RONSE en K. GEENS, «Misbruik van minderheidspositie», in *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. J.M.M. MAEIJER*, Zwolle, 1988, nr. 8, blz. 233; J. RONSE, «De nietigheid van besluiten van organen van de N.V.», *Preadvies voor de vereniging voor vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, Zwolle, 1966, blz. 25; P. VAN OMMESLAGHE, «Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi», noot onder Cass., 10 september 1971, *R.C.J.B.*, 1976, 319; L. SIMONT, «Réflexion sur l'abus de minorité», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986, blz. 322 en 323; K. GEENS, «Het toegestaan kapitaal als afweermecanisme tegen overvallen: het wettig belang van de 'bieder' (Cerus) en het vennootschapsbelang van de 'doelwitvennootschap' (GMB)», noot onder Brussel, 1 maart 1988, *T.R.V.*, 1988, 136, nr. 10; J. SCHAPIRA, «L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme», *Rev. Tr. Dr. Comm.*, 1971 962; E.J.J. VAN DER HEIJDEN en W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Zwolle, 1989, blz. 445. Zie recent, over het doelgebonden karakter van de bevoegdheden van de overheid, B. PEETERS, «De verhouding tussen openbare diensten en hun gebruikers: een contractuele of een reglementaire relatie?», *R.W.*, 1990-91, 141, nr. 13.

¹⁰⁷ Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1970-71, 146.

¹⁰⁸ Wat niet belet dat bv. het verder blijven voeren van een redeloos verloren onderneming die echter nog niet in staat van faillissement verkeert, de buitencontractuele aansprakelijkheid van het bestuur in het gedrang kan brengen *ten aanzien van derden* en niet alleen hun contractuele aansprakelijkheid ten aanzien van de vennootschap: J. VAN RYN en X. DIEUX, «La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers», *J.T.*, 1988, 402: «Les administrateurs ou gérants d'une société commerciale, (...), exercent (...) (une) fonction sociale, dès lors qu'ils ont en charge la conduite d'une entreprise économique dans son ensemble»; J. RONSE e.a., «Overzicht van rechtspraak (1978-1985).

tussen de marktdeelnemers te vrijwaren bv. door te verhinderen dat sommigen onder hen bij aandelentransacties kunnen handelen op grond van voorwetenschap, kan enkel op de overheid rusten. Deze heeft zich ook recentelijk van die taak gekweten door de invoering bij de wet van 9 maart 1989 van een nieuw art. 509^{quater} in het Strafwetboek, krachtens hetwelk misbruik van bevoorrechte informatie in bepaalde gevallen strafbaar wordt gesteld¹⁰⁹.

C. De verplichting van derden om aandeelhouders gelijk te behandelen

36. De vraag in welke mate derden de vennoten van een bepaalde vennootschap gelijk moeten behandelen, kwam vooral aan bod in de aanbevelingen¹¹⁰ die de Commissie

Vennootschappen», *T.P.R.*, 1986, 1265, nr. 243, en de daar aangehaalde rechtspraak.

Anders: P. VAN OMMESLAGHE, «Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique», in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, J.B., 1978, nr. 18, blz. 43 e.v.; J. VAN RYN en P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1972 tot 1978). Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1981, nr. 63.

¹⁰⁹ Wet van 9 maart 1989 tot wijziging van het Wetboek van Koophandel en van het koninklijk besluit nr. 185 van 9 juli 1935 op de bankcontrole en het uitgifteregime van titels en effecten, *Staatsbl.*, 9 juni 1989; N. DE TURCK, *Misbruik van voorwetenschap bij aandelentransacties op de beurs*, Antwerpen, 1990; S. BOELAERT en P. VERBANCK, «Misbruik van voorwetenschap. Bespreking van de strafbepalingen op het stuk van insider trading in het wetsontwerp nr. 533. Onderzoek naar de fiscale behandeling van strafrechtelijk betugelde handelingen», *T.R.V.*, 1988, 240, nr. 6; B. FERON en O. VAN HERSTRAETEN, «L'exploitation abusive d'information privilégiées. L'introduction en droit belge du délit d'initié, réflexions à la lumière du droit comparé», *J.T.*, 1989, 573 e.v.; D. DEVOS, «Les opérations d'initiés en droit comparé», *Rev. Banque*, 1989; C.A.E. UNIKEN VENEMA, «Misbruik van voorwetenschap», *T.V.V.S.*, 1985, blz. 279, en dezelfde, *Misbruik van voorwetenschap*, Deventer, 1974; D.R. DOORENBOS, «Misbruik van voorwetenschap als economisch delict», *T.V.V.S.*, 1989, 301.

Zie ook de Richtlijn van 13 november 1989 tot coördinatie van de regelingen inzake transacties van ingewijden (Pb.L., nr. 334) die de Belgische wetgever zal noodzaken het voormelde nieuwe art. 509^{quater} Sw. te wijzigen.

¹¹⁰ Zie, over «soft law» en het (niet)-verbindend karakter ervan, H. COUSY, «Le rôle des normes non-juridiques dans le droit», in *Rapports belges au XI^{ème} Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, 1982, blz. 131; W. VAN GERVEN, «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de administratieve praktijk van de Bankcommissie», *T.B.P.*, 1985, 323; L. SIMONT en P.A. FORIERS, «Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges», in *Droit de l'entreprise. Rapport belge, XXXI^{ème} journées d'étude*, Travaux de l'Association H. Capitant, 1982, blz. 232; E. WYMEERSCH, «De quasi-jurisdictionele functie», *T.P.R.*, 1982, blz. 874, nr. 44, dezelfde, «De houding van de Bankcommissie tegenover het groepsverschijnsel», in *Rechten en plichten van moeder- en dochtervennootschappen*, Antwerpen, 1985, blz. 395; J. LEBRUN, «Les normes professionnelles dans l'action de la Commission Bancaire», in *Le droit de normes professionnelles et techniques*, C.D.V.A., Brussel, 1985, blz. 115; H. BRAECKMANS, «Paralegale normen en lex mercatoria», *T.P.R.*, 1986, 20.

Hun niet-naleving kan dan ook als dusdanig niet de ongegrondheid van de vordering als gevolg hebben: Brussel, 8 februari 1985, *R.P.S.*, 1985, nr. 6339, blz. 178; Kh. Brussel, 31 januari 1980, *B.R.H.*,

voor Bank- en Financieuzen vóór de invoering van de regeling in het geciteerde «De Benedetti»-K.B. van 8 november 1989, formuleerde m.b.t. de onderhandse overdracht van controleparticipaties. Ze wordt door de Commissie voor Bank- en Financieuzen zonder aarzeling bevestigend beantwoord.

Samengevat komt de doctrine van de Bankcommissie erop neer dat in geval van overdracht van een controleparticipatie tegen een prijs die een pakketvergoeding of controlepremie omvat, *alle* aandeelhouders de mogelijkheid moeten hebben om hun aandelen tegen een zelfde prijs te verkopen¹¹¹, bv. via een openbaar koopaanbod waardoor de koper verplicht wordt zijn bod uit te breiden tot alle aandeelhouders¹¹². De (derde) bieder dient m.a.w. *alle* vennoten gelijk te behandelen.

Wellicht liet de Commissie voor Bank- en Financieuzen zich daarbij andermaal inspireren door de Britse City Code on Take Overs and Mergers¹¹³, en wel door art. 9, waarin aan de bieder op aandelen de verplichting opgelegd wordt de aandeelhouders van de betrokken vennootschap gelijk te behandelen¹¹⁴.

Ter verantwoording van haar opvatting doet de Bankcommissie een beroep op beginselen zoals het goed functioneren van de kapitaalmarkt, de deontologie van het zakenleven en het gelijkheidsbeginsel¹¹⁵.

1980, 420; K. GEENS, «Het toegestaan kapitaal als afweermechanisme tegen overvallen: het wettig belang van de 'bieder' (Cerus) en het vennootschapsbelang van de 'doelwitvennootschap' (GMB)», noot onder Brussel, 1 maart 1988, *T.R.V.*, 1988, 134 en 135, nr. 7.

¹¹¹ Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1978-79, 103; *Jaarverslag*, 1987-88, 94 e.v.; M. LEMPEREUR, «La commission bancaire et les cessions privées de participations de contrôle», *R.P.S.*, 1975, 126 e.v., nrs. 14 e.v.; dezelfde, *Cessions de majorité et protection des actionnaires minoritaires en droit comparé*, Brussel, 1978, nrs. 51 e.v., blz. 55 e.v.

¹¹² Voor een voorbeeld: Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1981-1982, 79.

¹¹³ Dezelfde Britse City Code werd door de Bankcommissie ingeroepen te ondersteuning van haar aanbeveling dat geen kapitaalsverhoging meer mag plaats hebben binnen de grenzen van het toegestane kapitaal wanneer een openbaar bod vast is aangekondigd (Bankcommissie, *Jaarverslag*, 1986-87, 81 en 82).

¹¹⁴ Zie daarover H.J.C. TER KUILE, «Gelijkheid van aandeelhouders», in *Quid Iuris. Bundel uitgegeven ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap 'door tijd en vlijt'*, Deventer, 1977, blz. 51.

¹¹⁵ A. BRUYNEEL, *Les offres publiques d'acquisitions. Réforme de 1989*, Brussel, 1990, nr. 11, blz. 13 en 14.

Een eventuele fiduciaire verplichting van het bestuur t.a.v. de aandeelhouders kan slechts mede ingeroepen worden voor zover de aandeelhouders-verkopers van de controleparticipatie tevens bestuurder zijn van de betrokken vennootschap. Zie over deze verplichting, meer bepaald over de vraag of daarvoor naar Belgisch recht wel een wettelijke grondslag voorhanden is, K. GEENS, «Mag de raad van bestuur oneigenlijk gebruik maken van een aanvaardingsclausule om de verkoper het voordeel te gunnen van voorwetenschap?», noot onder Kh. Brussel, 26 oktober 1988, nr. 7, blz. 63. Deze auteur komt tot het besluit dat zulk een verplichting niets anders is dan een explicatie van de opdracht voor het bestuur te handelen in het collectief belang van de aandeelhouders. Zie verder J. RONSE e.a., «Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, 937, nr. 348. L. SIMONT, *La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*, Brussel, 1975, nr. 35, blz. 38 e.v.; P. VAN OMMESELAGHE, «Les devoirs des

37. Zulk een uitbreiding van het gelijkheidsbeginsel van *interne* gedragsnorm binnen de vennootschap tot *externe* gedragsnorm werd evenwel door de doctrine op vinnige kritiek onthaald¹¹⁶. In de Nederlandse doctrine wordt dit van derden niet geëist: buitenstaanders ontleen aan het beginsel van de gelijke behandeling der aandeelhouders noch rechten noch verplichtingen¹¹⁷. Ook in de Franse doctrine wordt geaarzeld om aan derden in die omstandigheden een verplichting tot gelijke behandeling op te leggen¹¹⁸.

38. Het is namelijk allerm minst evident dat van derden kan worden geëist dat zij bij de aankoop van een pakket aandelen, al zij het een beleidbepalend pakket waarvoor om die reden een meerprijs moet worden betaald, de gelijkheid tussen alle aandeelhouders van de vennootschap dienen te respecteren.

Tevoren is benadrukt dat de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in privaatrechtelijke verhoudingen niet als gevolg mag hebben dat andere grondrechten of daarvan direct afgeleide rechten buitenspel gezet worden. Zo zal het recht op gelijke behandeling dikwijls moeten wijken voor het beginsel van de contractvrijheid.

Vervolgens werd opgemerkt dat dit niet het geval zal zijn zodra burgers (of rechtspersonen) zich ten opzichte van elkander in een positie van «bovengeschiedheid» bevinden, met name in geval de verhouding tussen particulieren gaat lijken op de verhouding burgeroverheid. In zulk geval dienen de «leidende burgers», in ieder geval de gelijkheid tussen degenen over wie ze dit gezag uitoefenen te eerbiedigen. De contractsvrijheid van A zal dus moeten plaats maken

administrateurs et des actionnaires prépondérants envers les actionnaires d'une société en cas de cession du contrôle de cette société, en droit Belge et en droit comparé», in *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für J. Bärmann*, München, 1975, blz. 1014 en 1015.

¹¹⁶ M. HUYS en G. KEUTGEN, «La cession de contrôle», *Rev. Banque*, 1974, 774 e.v.; P. VAN OMMESELAGHE, «Les devoirs des administrateurs et des actionnaires prépondérants envers les actionnaires d'une société en cas de cession du contrôle de cette société, en droit belge et en droit comparé», in *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für J. Bärmann*, München, 1975, blz. 1014. Vgl. J. RONSE e.a., «Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, 930 e.v., nr. 342; A. BRUYNEEL, *Les offres publiques d'acquisitions. Réforme de 1989*, Brussel, 1990, nr. 11, blz. 13 en 14; K. GEENS, «De wijziging van controle in een vennootschap die een openbaar beroep op het spaarwezen heeft gedaan», *T.R.V.*, 1990, 102 en 103; S. FREDERICQ en E. WYMEERSCH, «La prise de contrôle dans la société anonyme», in *XIIIe Congrès de l'académie internationale de droit comparé (Rapports belges)*, Antwerpen/Brussel, 1986, blz. 256.

¹¹⁷ H.J.C. TER KUILE, «Gelijkheid van aandeelhouders», *Quid Iuris. Bundel uitgegeven ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het genootschap door tijd en vlijt*, Deventer, 1977, blz. 68, in fine; W.J. SLAGTER, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer, 1990, blz. 223; B.H.A. VAN LEEUWEN, *Beginnelsen van behoorlijk ondernemingsbestuur*, Deventer, 1990, voetnoot 14, blz. 163. Vgl. C.R.C. WIJCKERHELD BIDSOM, «Bescherming van de belangen van minderheidsaandeelhouders bij het doen van biedingen op aandelen», *T.V.V.S.*, 1975, 230; Hoge raad, 24 september 1976, *N.J.*, 1978, 135, met noot B.W.; Hoge Raad, 14 november 1975, *N.J.*, 1987, 136.

¹¹⁸ J. MESTRE, «L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé)», *Rev. Soc. (Fr)*, 1989, 408: «Or il est évident qu'une exigence d'égalité alourdirait assez sensiblement le poids financier de l'acquisition.»

voor de vereiste van de gelijke behandeling van diens kandidaatcontractpartijen wanneer tussen A enerzijds en deze laatsten anderzijds een gezagsrelatie zou kunnen onderkend worden.

Welnu, voormelde principes kunnen zonder moeite toegepast worden op de overdracht van een controleparticipatie met betaling van een controlepremie.

Behoudens wettelijk ingrijpen, kan op de koper ervan niet de verplichting rusten alle aspirant-verkopers, zijnde de overige aandeelhouders van de betrokken vennootschap ten aanzien waarvan hij zich niet in een positie van «bovengeschiktheid» bevindt, gelijk te behandelen door een globaal koopaanbod te formuleren tegen dezelfde prijs: zulke toepassing van het gelijkheidsbeginsel zou een inbreuk uitmaken op diens contractsvrijheid, met name op diens recht te contracteren met wie hij wil én tegen de tussen partijen vrij overeengekomen prijs.

39. Uiteraard kan zulke verplichting tot gelijke behandeling altijd door de wetgever zelf aan derden opgelegd worden.

Precies om aan dit gelijkheidsprincipe recht te laten wervaren werd in het hierboven geciteerde K.B. van 8 maart 1989 het voormelde, nochtans door de doctrine bekritiseerde, standpunt van de Bankcommissie dat op de overnemer van een controleparticipatie de verplichting rust alle aandeelhouders van de betrokken vennootschap gelijk te behandelen, uitdrukkelijk geconsacreerd via de verplichting een openbaar bod uit te brengen op alle resterende aandelen of via een verbintenis tot koershandhaving.

40. Het feit dat de wetgever zelf thans aan derden de onvoorwaardelijke verplichting oplegt om de aandeelhouders gelijk te behandelen, zou ten onrechte de indruk wekken dat het hierboven geformuleerde besluit, nl. dat zulks juist niet verwacht kan worden van een derde op gevaar af diens contractsvrijheid in het gedrang te brengen, irrelevant geworden is.

Veeleer dient de in het K.B. van 8 maart 1989 opgelegde verplichting van de overnemer beschouwd te worden als een bevestiging van het voorgaande besluit, nl. dat zulk een verplichting niet kan volgen uit een toepassing van het gelijkheidsbeginsel van de artt. 6 en 6bis Gw. in privaatrechtelijke verhoudingen. Een uitdrukkelijk wettelijk ingrijpen was daartoe vereist.

41. Bovendien kan niet genoeg onderstreept worden dat niet alle overnames van controleparticipaties onder het toepassingsgebied vallen van het voormeld K.B. van 8 maart 1989.

Zo heeft de wetgever zich blijkbaar niet ingelaten met de gelijke behandeling van aandeelhouders van een vennootschap die geen openbaar beroep deed op het spaarwezen — zulke vennootschappen vormen in België in ieder geval nog altijd de meerderheid binnen de vennootschappen — waarvan iemand een controleparticipatie wenst te verwerven. Voor zulke vennootschappen blijft het voorgaande besluit dat derden in beginsel niet gehouden zijn de gelijkheid tussen de aandeelhouders te eerbiedigen, zijn pertinentie behouden.

De wetgever kijkt dus blijkbaar nauwlettender toe op de gelijkheid van de aandeelhouders wanneer deze terzelfder tijd als beleggers beschouwd kunnen worden. Laatstgenoemden zijn dus blijkbaar meer beschermenswaard dan gewone aandeelhouders.

42. Uit de voormelde beperking van het toepassingsgebied tot vennootschappen die een openbaar beroep deden op het spaarwezen, blijkt overigens dat het er de wetgever eigenlijk veeleer om te doen was een bescherming van de kleine minderheidsaandeelhouder-belegger¹¹⁹ in te voeren tegen de machtige meerderheidsaandeelhouder¹²⁰ die zijn controleparticipatie duur wenst te verhandelen, dan om een vrijwaring van het beginsel van de gelijke behandeling van aandeelhouders of vennoten in het algemeen.

De verplichting om in geval van particuliere controleoverdracht een bod te doen op alle andere aandelen wordt trouwens vaak gebaseerd op het recht voor minderheidsaandeelhouders om zich te onttrekken aan nieuw beleid dat ingeleid zal worden als gevolg van wijziging van de controle¹²¹.

De vraag moge dan ook gesteld worden of de voormelde verplichting een openbaar bod uit te brengen of de koers te handhaven niet zozeer geënt is op het beginsel van de minderheidsbescherming, als wel op het beginsel van de gelijke behandeling van aandeelhouders¹²².

Zeker, beide beginselen zullen dikwijls in elkaar verstrengeld zijn en vele regels beogen ongetwijfeld aan beide beginselen samen gestalte te geven. Niettemin lijkt de voormelde verplichting eerder een correctie te zijn op de normale vennootschappelijke spelregels. Krachtens deze regels heeft de meerderheid het voor het zeggen, de jurisprudentiële en wettelijke maatregelen ter bescherming van de minderheid niet te na gesproken¹²³. Vandaar dat het aandelenpakket in het bezit van de meerderheid een meerwaarde vertoont.

De Belgische wetgever heeft evenwel geoordeeld dat in vennootschappen die een publiek beroep doen op het spaarwezen, ook de minderheidsaandeelhouders het recht hebben mee te «profiteren» van die meerprijs.

IV. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL: GEEN RECHT, WEL EEN PLICHT

43. De draagwijdte van het gelijkheidsbeginsel in vennootschapsverhoudingen is in kaart gebracht: vennoten dienen door hun bestuur of door de meerderheid ter algemene vergadering in beginsel gelijk behandeld te worden tenzij de

¹¹⁹ Die zich in werkelijkheid dan ook nauwelijks als aandeelhouder maar uitsluitend als belegger gedraagt: zie daarover W. VAN GERVEN, «Onbeantwoorde vragen in de marge van overal op, en bescherming van, vennootschappen», in *Openbaar bod en beschermingsconstructies. Recente evoluties in wetgeving en praktijk naar Belgisch, Nederlands en Europees recht*, Verslagboek van de Leuvense Vennootschapsdag van 11 mei 1990, Jan Ronse Instituut, 1990, blz. 238.

¹²⁰ Waarvan het bestuur nagenoeg altijd een emanatie is.

¹²¹ Zie, over dit uittredingsrecht, E. WYMEERSCH, «Cession de contrôle et offres publiques obligatoires», *R.P.S.*, 1991, nr. 6575, blz. 159.

¹²² Vgl. A. BRUYNEEL: «En ce qui concerne les modifications du contrôle, le dispositif mis en place nous paraît excessif (...) sans doute aussi par une conception de l'égalité des actionnaires qui, à force de rigidité, deviendrait irréaliste par rapport à la vie des affaires (*Les offres publiques d'acquisition. Réforme de 1989*, Brussel, 1990, nr. 118, blz. 82).

¹²³ Zie bv. de minderheidsvordering van de artt. 66bis e.v. Venn.W.; H. LAGA, «De minderheidsvordering en het deskundigenonderzoek», in *N.V. en B.V.B.A. na de Wet van 18 juli 1991*, Kalmt-hout, 1992, blz. 216.

ongelijke behandeling op objectieve en redelijke wijze verantwoord kan worden in het licht van het belang van de vennootschap, én indien er een redelijke verhouding bestaat tussen de ongelijke behandeling en het beoogde doel.

Maar wijzen beide voormelde criteria niet een bepaalde richting aan bij het herdefiniëren van de draagwijdte van het gelijkheidsbeginsel in vennootschappelijke verhoudingen, en wellicht in het privaatrecht in het algemeen?

De vraag of in het gelijkheidsbeginsel wel een (grond)recht vervat ligt zal daarbij de grondtoon zijn: kunnen burgers in privaatrechtelijke verhoudingen van elkaar wel een recht laten gelden op een gelijke behandeling? Moet de gelijkheidsgedachte niet veeleer gezien worden als een plicht van gezagdragers?

Daarbij verlieze men niet uit het oog dat de hierna volgende overwegingen vanuit privaatrechtelijke hoek geformuleerd worden. Vanuit publiekrechtelijke hoek zal daarbij zonder twijfel opgemerkt worden dat het gelijkheidsbeginsel aldus onnodig «geprivatiseerd» wordt door een rechtstak, namelijk het privaatrecht, die met dat beginsel minder vertrouwd is.

Maar zo gaat dat nu eenmaal met regels van privaatrecht en publiekrecht: regels van beide gebieden beïnvloeden en verfijnen elkaar¹²⁴. Het belangrijkste daarbij is dat de eindstreep, namelijk de concretisering van de fundamentele rechtvaardigheidsnorm – met de gelijkheidsgedachte wordt immers de kern van het rechtvaardigheidsprobleem geraakt¹²⁵ –, niet uit het oog verloren wordt.

A. De klassieke misbruikcriteria en het gelijkheidsbeginsel

44. Met beide voormelde criteria tot opsporing van geoorloofde ongelijke behandeling, namelijk het belang van de vennootschap en het evenredigheidscriterium, is de vennootschapsjurist ongetwijfeld vertrouwd. Moet immers niet onverschillig welk besluit van een vennootschapsorgaan, dus ook dat waarbij vennoten gelijk behandeld worden, aan die beide criteria voldoen?

Zowel de bevoegdheden van het bestuur als de bevoegdheden van de algemene vergadering zijn namelijk functionele bevoegdheden die enkel in het belang van de vennootschap verleend zijn en niet in het eigen belang van de aandeelhouders of de bestuurders. Alleen in die gevallen waarin het stemrecht ook verleend zou zijn ter vrijwaring van eigen vermogensbelangen, mag de aandeelhouder volgens de heersende opvattingen zich bij de stemming laten leiden door eigen belang¹²⁶.

¹²⁴ C.W. VAN DER POT en A.M. DONNER, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle, 1983, blz. 219.

¹²⁵ J.H. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, 1979, blz. 55.

¹²⁶ Het stemrecht, zo heet het, is immers verleend én als een recht tot vrijwaring van eigen vermogensbelangen én als bevoegdheid om aan het beleid van de vennootschap mee te werken: J. RONSE en K. GEENS, «Misbruik van minderheidspositie» in *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan prof. J.J.M. Maeijer*, Zwolle, 1988, blz. 235; P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Gembloux, 1947, nr. 56, blz. 83; zie ook boven, nr. 27, in fine.

Ook het tweede criterium tot vaststelling van een geoorloofde gelijke behandeling, namelijk het evenredigheidscriterium klinkt bekend¹²⁷. De wijze van uitoefening van doelgebonden bevoegdheden, namelijk die van het bestuur en de algemene vergadering van een vennootschap, worden, net zoals discretionaire bevoegdheden, getoetst aan de klassieke misbruikcriteria, waaronder het evenredigheidscriterium.

Beide criteria vallen dus onder de klassieke misbruikcriteria, namelijk die door de rechtsleer en rechtspraak omschreven catalogus van onbehoorlijke uitoefening van een recht of van een bevoegdheid¹²⁸. Aldus is misbruik van bevoegdheid o.m. voorhanden wanneer de houder ervan ze gebruikt met een ander doel dan waarvoor ze is verleend (finaliteitscriterium) of ingeval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij een welbepaalde uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen (evenredigheidscriterium)¹²⁹.

45. Het ziet er dus naar uit dat de verplichting vennoten gelijk te behandelen of het verbod vennoten willekeurig te behandelen, uiteindelijk opgaat in het algemeen verbod van misbruik van bevoegdheid, m.a.w. dat alle gevallen van ongeoorloofde ongelijke behandeling ondergebracht kunnen worden onder de voormelde klassieke misbruikcriteria, voornamelijk dan het finaliteitscriterium en het evenredigheidscriterium¹³⁰. Zelden zal een willekeurige ongelijke behandeling van vennoten door het bestuur of de vergaderingsmeerderheid de toets aan beide criteria overleven. Aan de verplichting vennoten gelijk te behandelen komt derhalve

¹²⁷ Zie daarover recent W. VAN GERVEN, «Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst», in *In het nu, wat worden zal, Liber Amicorum Schoordijk*, Deventer, 1991, blz. 75.

¹²⁸ Beide, misbruik van recht en misbruik van bevoegdheid, kunnen door elkaar gebruikt worden. Dat doet ook de Nederlandse wetgever. In de artt. 13, 14 en 15 van Boek 3 van het nieuw Burgerlijk Wetboek wordt een op het hele privaatrecht toepasselijke regeling van misbruik van bevoegdheid ingevoerd. Deze geldt echter zonder twijfel ook voor de uitoefening van rechten: zie P. RODENBURG, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer, 1985, blz. 1 en 2.

¹²⁹ Zie de formulering in art. 13 van het nieuw N.B.W., boek 3. Daar dienen nog aan toegevoegd te worden de uitoefening van een bevoegdheid met geen ander doel dan een ander te schaden, evenals de uitoefening van een bevoegdheid zonder redelijk belang terwijl die wijze van uitoefening schade toebrengt aan anderen. Zie verder over deze criteria die, zoals gezegd, ook gelden voor de uitoefening van rechten, P. RODENBURG, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer, 1985, nr. 15 e.v., blz. 37 e.v.

Zie verder de opsommingen van deze criteria bij W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Antwerpen/Utrecht, 1969, nr. 70, blz. 184 e.v.; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, 1989, nr. 55, blz. 88 e.v.; J. RONSE en K. GEENS, «Van vennootschappelijk belang», in *Opstellen aangeboden aan prof. J.J.M. Maeijer*, Zwolle, 1988, nr. 16, blz. 240; A. ALLEN en P. PEETERS, «'Bundestreue' in het Belgisch grondwettelijk recht», *R.W.*, 1989-90, 1138, nr. 35.

¹³⁰ Zie arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 22 juli 1902 (*R.P.S.*, 1903, nr. 1404, 62, met noot), waarbij in een C.V. het recht op uittreden enkel beperkt werd voor de vennoten op wie de zwaarste verplichtingen ten aanzien van de vennootschap rustten. Bij zulk een ongelijke behandeling is ongetwijfeld het evenredigheidscriterium geschonden: er bestond geen redelijke verhouding tussen de ongelijke behandeling en het doel dat daardoor beoogd werd.

geen zelfstandige betekenis toe naast de verplichting tot behoorlijk bestuur. Ze ligt er integendeel in besloten.

Dat laatste is niet verwonderlijk. Zoals gezegd valt de verplichting tot gelijke behandeling in wezen samen met verbod van *willekeurige* en *onredelijke* ongelijke behandeling: de vraag naar de geoorlooftheid van een ongelijke behandeling van vennoten kan teruggebracht worden tot de vraag of het onderscheid redelijkerwijze mocht worden gemaakt. Een toetsing op willekeur dus.

Maar het verbod van willekeurige uitoefening van een macht of bevoegdheid gaat schuil achter het ruimere verbod van onredelijke uitoefening van bevoegdheid¹³¹. En met deze vaststelling is de cirkel rond: uiteindelijk zijn alle voormelde misbruikcriteria, waaronder het finaliteitscriterium en het evenredigheidscriterium, pogingen om dat ene criterium, namelijk de onredelijke uitoefening van een bevoegdheid, nader te concretiseren. Alle voormelde misbruikcriteria convergeren in het redelijkheidsbegrip.

B. Ongeoorloofde ongelijke behandeling en misbruik van bevoegdheid

46. De vaststelling dat het verbod van willekeurige ongelijke behandeling opgaat in het algemeen verbod van misbruik van bevoegdheid, verklaart wellicht het feit dat, daar gelaten de overvloedige rechtspraak in het begin van deze eeuw over de wijziging van rechten verbonden aan een bepaalde categorie van effecten, schending van het gelijkheidsbeginsel in de praktijk niet belangrijk gebleken is als nietigheidsgrond voor besluiten van vennootschapsorganen, en dat niettegenstaande de lyrische ontboezemingen in de Belgische rechtsleer¹³² over het belang van dit beginsel in vennootschappelijke verhoudingen. Zelden wordt de vernietiging van een besluit van het bestuur of van de algemene vergadering uitdrukkelijk gebaseerd op de schending van het gelijkheidsbeginsel¹³³. Dit betekent niet dat willekeurige of onredelijke ongelijke behandeling van vennoten niet voorkomt in de praktijk, maar zoals gezegd zal ter sanctionering van zulk een besluit een beroep gedaan worden op vertrouwde misbruikcriteria¹³⁴.

¹³¹ Zo wordt een van de belangrijkste algemene beginselen van bestuur, nl. het redelijkheidsbeginsel, ook vaak «het algemene verbod van willekeur» genoemd: A. ALLEN en P. PEETERS, «Bundes-treue» in het Belgisch grondwettelijk recht», *R.W.*, 1989-1990, 1135, nr. 29; L.P. SUETENS, «Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht», *T.B.P.*, 1970, 384.

¹³² En dat in schril contrast met de ontvullende vaststellingen in de Nederlandse doctrine aangaande het belang van dit beginsel in vennootschappelijke verhoudingen: B.H.A. VAN LEEUWEN, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur*, Deventer, 1990, blz. 169; J.H. MASSCHAUPT en P.M. STORM, *De tweede E.E.G.-Richtlijn inzake vennootschapsrecht*, Zwolle, 1978, blz. 244 en 245.

¹³³ Zie voor België: Brussel, 8 februari 1927, *R.P.S.*, 1927, nr. 2752, 98, met noot F. PARIDANT.

Voor Nederland: Hoge Raad, 25 april 1929, *N.J.*, 1929, 1261, met concl. proc.-gen. TH. TAK; Hoge Raad, 2 december 1926, *N.J.*, 1927, 102, met concl. proc.-gen. NOYON, met noot E.M. MEIJERS.

¹³⁴ Vgl. B.H.A. VAN LEEUWEN, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur*, Deventer, 1990, blz. 176: «In een situatie waarin gelijke gevallen ongelijk worden behandeld kan het gelijkheidsbeginsel zijn geschonden, maar ook het willekeurverbod, het motiverings-

47. Uit de voorgaande overwegingen blijkt de verankering van het gelijkheidsbeginsel in het leerstuk van misbruik van bevoegdheid, in het onderhavige geval de bevoegdheid van het bestuur of van de vergaderingsmeerderheid. Aan de verplichting vennoten gelijk te behandelen komt dus geen zelfstandige betekenis toe naast het verbod van misbruik van bevoegdheid.

M.a.w., vennoten moeten in beginsel behoorlijk, derhalve gelijk behandeld worden. Een ongelijke behandeling is niettemin geoorloofd op voorwaarde dat zulk een behandeling niet als een misbruik van bevoegdheid aangemerkt kan worden, m.a.w. objectief en redelijk kan verantwoord worden in het licht van het belang van de vennootschap, geen disproportioneel groot nadeel oplevert voor de benadeelde vennoten gelet op het door het besluit beoogde doel en evenmin enig ander rechtsmisbruikcriterium schendt.

C. Het gelijkheidsbeginsel: een plicht van het bestuur en van de vergaderingsmeerderheid

48. Uit een en ander volgt dan ook dat het gelijkheidsbeginsel zich in vennootschappelijke rechtsbetrekkingen eerder laat aanvoelen als een *verplichting* van laatstgenoemden dan wel als een *recht* van de vennoten: «Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist kein Anspruch oder Recht des Aktionärs, sondern eine Pflicht der Gesellschaftsorgane (...)»¹³⁵.

De verplichting van deze vennootschappelijke gezagdragers om de aan hen ondergeschikte vennoten bij hun besluitvorming gelijk te behandelen in de hierboven uiteengezette betekenis die aan dit gebod gegeven dient te worden, beschermt de vennoten tegen machtsmisbruik of misbruik van bevoegdheid. M.a.w., de grondslag van dit gebod is niet te vinden in een of ander *recht* dat vennoten zouden kunnen doen gelden op gelijke behandeling, maar uitsluitend in het bestaan van een *machtsverhouding*.

Doordat deze aan het bestuur of de meerderheid de mogelijkheid biedt vennoten zonder hun instemming willekeurig te behandelen, brengt ze de verplichting tot gelijke behandeling als uitdrukking van het ruimer verbod van misbruik van bevoegdheid met zich. De criteria voor de vaststelling van voormeld misbruik hebben in vennootschapsverhoudingen o.m. precies tot doel aan te duiden wanneer

beginsel en het vertrouwensbeginsel.» Zie ook E.J.J. VAN DER HEIJDEN en W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle, 1989, blz. 645, waar de vraag naar de mogelijkheid van de wijziging in de onderlinge verhouding van de rechten van verschillende soorten van aandeelhouders, of de vraag naar de mogelijkheid tot opheffing van voorrechten die aan bepaalde groepen toegekend zijn, benaderd wordt vanuit het goedetrouwvereiste. In dat opzicht kan een besluit tot vermindering van de preferente rechten van bepaalde aandelen, volgens deze auteurs, geldig zijn. Er zij opgemerkt dat Nederland geen met art. 71 Venn.W. vergelijkbare procedure kent ingeval er verschillende categorieën van effecten bestaan waaraan verschillende rechten zijn toegekend. Zie evenwel F. SCHOEPP, «De 'klasse'-rechten in de naamloze vennootschap», *N.V.*, 12, 175.

¹³⁵ E. GESSLER, W. HEFERMEHL, U. ECKARDT en B. KROFF, *Aktiengesetz*, München, 1973, blz. 149. Zie ook de libellering van het gelijkheidsbeginsel in het N.B.W., Boek 2, art. 93, waarbij dit omschreven wordt als een op de naamloze vennootschap rustende *verplichting*.

geoorloofde machtsuitoefening door het bestuur of door de vergaderingsmeerderheid overgaat in ongeoorloofde machtsuitoefening die vennoten niet meer of slechts mét hun instemming hoeven te dulden.

Vandaar dat op het ogenblik van de oprichting van een vennootschap, wanneer geen sprake is van machtsuitoefening van vennootschapsorganen aangezien de oprichtingsakte met de ervan deel uitmakende statuten met instemming van alle oprichtende vennoten wordt opgesteld, ook geen sprake is van eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel. Zoals reeds gezegd staat het een vennoot op dat ogenblik vrij al dan niet in te stemmen met ongelijke rechten. Stemt hij daarmee niet in, dan kan hij afzien van deelname aan de oprichting. Op de andere vennoten-oprichters rust geenszins de dwingende verplichting hem gelijke rechten toe te kennen: de gelijke berechtiging of gelijke behandeling van vennoten in de statuten is geen geldigheidsvereiste voor de totstandkoming van een vennootschapsovereenkomst.

D. Bij wijze van besluit...

49. De vraag kan zelfs gesteld worden of de opvatting dat in het gelijkheidsbeginsel geen recht vervat ligt maar wel een plicht die rust op gezagdragers, niet uitgebreid kan worden naar alle privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.

Aan het gelijkheidsbeginsel komt in privaatrechtelijke verhoudingen een minder belangrijke betekenis toe dan in publiekrechtelijke verhoudingen. De verplichting tot gelijke behandeling duikt er immers alleen op wanneer in privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen posities van bovengeschiedheid, m.a.w. machtsposities, onderkend kunnen worden. Zulke posities kunnen zowel wettelijk van aard zijn, zoals bv. de positie van het bestuur in een vennootschap, als feitelijk, zoals bv. het geval is in het leerstuk betreffende de onrechtmatige contractswijering of de gekwalificeerde benadeling. Bevindt iemand zich in zulk een machtspositie, dan rusten op hem bijkomende verplichtingen: zo iemand is o.m. gehouden tot gelijke behandeling, in gelijke omstandigheden, van al wie aan zijn macht onderworpen is.

M.a.w., toetsing van zijn gedrag aan de algemene in het privaatrecht geldende zorgvuldigheidsverplichting — waarmee wordt bedoeld op de fatsoensnorm zoals die voor buitencontractuele verhoudingen vervat ligt in art. 1382 B.W. en voor contractuele verhoudingen in art. 1134, derde lid, B.W. — volstaat niet. Daaraan moeten de criteria toegevoegd worden die traditioneel onder de noemer «beginselen van behoorlijk bestuur» aangeduid worden, zo stelt Van Gerven in zijn onvolprezen bijdrage «Beginselen van behoorlijk handelen»¹³⁶. Daar wordt de verplichting tot gelijke behandeling of het verbod van willekeurige ongelijke behandeling van oudsher toe gerekend. Zulke beginselen, waarin gedragsnormen geformuleerd liggen voor gezagdragers, hebben precies tot doel aan de ondergeschikten waarborgen te bieden tegen onbehoorlijke, bv. willekeurige, machtsuitoefening.

50. De verplichting tot gelijke behandeling gaat dus op in de algemene fatsoensnorm, namelijk de voor ieder, zowel burger als overheid, geldende verplichting zich behoorlijk te gedragen. Met de algemene fatsoensnorm wordt hier ge-

doeld op het alle rechtstakken overkoepelend beginsel van behoorlijk handelen dat de gemene onderbouw zou uitmaken van privaatrecht en publiekrecht¹³⁷. Het betreft m.a.w. de «rule of reason» die in het privaatrecht verwoord ligt in de artt. 1382 B.W. en art. 1134, derde lid, B.W.¹³⁸.

Nu is reeds van verschillende kanten gewaarschuwd tegen een overdreven uniformisering van die fatsoensnorm. Aan die norm zou toch een andere inhoud moeten blijven toekomen al naar gelang hij ingeroepen wordt in publiekrechtelijke verhoudingen dan wel in privaatrechtelijke verhoudingen¹³⁹, in contractuele¹⁴⁰ dan wel in buitencontractuele verhoudingen¹⁴¹, in machtsverhoudingen dan wel in verhoudingen van wederkerigheid of gelijkheid enz.

Deze waarschuwing moet ernstig genomen worden. De talrijke verschillen die menselijke verhoudingen, derhalve ook rechtsverhoudingen kenmerken, kleuren ongetwijfeld af op de erop toe te passen zorgvuldigheidsnorm zodat bij een overdreven uniformisering ervan deze verschillen onrecht wordt aangedaan. Vandaar dat een differentiëring noodzakelijk is en dat zowel van de rechtsverhouding waarbinnen schending van de fatsoensnorm wordt aangevoerd als van de fatsoensnorm zelf.

¹³⁷ W. VAN GERVEN, «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 976; M. VAN DAMME, «Goede trouw van burger en bestuur», *R.W.*, 1989-90, 1109; J.M. POLAK, «Marginale toetsing en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ondernemen en handelen», in *Liber amicorum J. Ronse*, Brussel, 1986, blz. 46 en 47. Zie ook E. DROOGLEVER FORTUIN, «Congruentie van privaatrechtelijke en administratiefrechtelijke begrippen», in *Non sine causa*, G.J. SCHOLTEN-bundel, 1979.

¹³⁸ Het heeft derhalve een ruimer toepassingsgebied dan de algemene zorgvuldigheidsverplichting.

¹³⁹ J. VAN DER HOEVEN, «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.M. Themis*, 1985, 285; dezelfde, «De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht», in *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle, 1970, blz. 202; L. TIMMERMAN, «De concretisering van vage normen in het ondernemingsrecht», in *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan J.M.M. Maeijer*, Zwolle, 1988, blz. 341.

¹⁴⁰ Zie bv. het door M.E. Storme voorgestelde geheel van lasten en verbintenissen, m.n. «de lasten tot medewerking van de schuldeiser», die in een overeenkomst krachtens het beginsel van de uitvoering te goeder trouw op de schuldeiser rusten, maar waartoe deze zich in de overeenkomst niet uitdrukkelijk heeft verbonden: M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen*, Proefschrift, Leuven, 1989, blz. 246. Vgl. Y. PRICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Parijs, 1989, nr. 13, blz. 25.

¹⁴¹ Zo stelt Dirix dat partijen in contractuele verhoudingen van elkaar meer kunnen verwachten dan van derden, m.a.w. dat voor de concretisering van de algemene zorgvuldigheidsverplichting m.b.t. de uitoefening van contractuele rechten, strengere criteria aan de dag gelegd mogen worden dan voor de uitoefening van buitencontractuele rechten: zie E. DIRIX, «De beperkende werking van de goede trouw», *T.B.H.*, 1988, 665, nr. 9; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, «Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984)», *R.W.*, 1985-86, 94; W. VAN GERVEN en A. DE WAELE, «Goede trouw en getrouw beeld», in *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986, blz. 111; vgl. W. RAUWS, «Misbruik van contractuele rechten: het casatiearrest van 19 september 1983», *T.B.H.*, 1984, 244 e.v.; W. DE BOND, «Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht», *T.P.R.*, 1984, 117 e.v.; L. CORNELIS, «Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw?», in *De goede trouw. Redelijkheid en billijkheid in het Privaatrecht*, *T.P.R.*, 1990, 238, nr. 16.

¹³⁶ *R.W.*, 1982-83, 966 e.v.

51. Maar de voormelde benadering van het gelijkheidsbeginsel als verplichting die rust op privaatrechtelijke machthebbers en niet als recht dat gelijkelijk aan alle burgers toekomt, houdt precies rekening zowel met de verschillende aard van de privaatrechtelijke verhoudingen als met de erop toe te passen norm.

Precies omdat verhoudingen in het privaatrecht in beginsel gebaseerd zijn op wederkerigheid of gelijkheid en slechts uitzonderlijk op bovengeschiedheid, wordt aangenomen dat in het gelijkheidsbeginsel geen recht vervat ligt maar wel een verplichting.

Precies omdat het gedrag van gezagdragers strenger beoordeeld dient te worden — de aan hen ondergeschikten moeten immers hun machtsuitoefening *ondergaan* — wordt gesteld dat in dat geval de algemene zorgvuldigheidsverplichting als toetsingsnorm niet volstaat en deze aangevuld moet worden met aan machtsuitoefening geëigende criteria, met name de beginselen van behoorlijk bestuur en de er deel van uitmakende verplichting tot gelijke behandeling.

Misschien moet de verplichting tot gelijke behandeling als een van de facetten van de algemene fatsoensnorm veeleer beschouwd worden als een plicht. Aan zulk een zelfstandige plicht kunnen anderen dan hoogstens oneigenlijke of afgeleide reflexrechten ontlelen. M.a.w., in het gelijkheidsbeginsel en in de ruimere fatsoensnorm zou veeleer een grondplicht dan wel een grondrecht vervat liggen...¹⁴².

Hilde LAGA
Hoofddocent K.U.Leuven

¹⁴² W. VAN GERVEN, «Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst», in *In het nu, wat worden zal, Liber Amicorum Schoordijk*, Deventer, 1991, blz. 77; L. HAARDT, «Grondplichten», *T.P.R.*, 1990, 969; H. LAGA, *Statuten, statutenwijziging en reglement van inwendige orde getoetst aan algemene beginselen van contractenrecht*, Proefschrift, Leuven, 1991, blz. 50.

HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET STRAF(PROCES)RECHT: DE SCHONE SLAAPSTER IN HET BOS?

I. INLEIDING *

Het gelijkheidsbeginsel maakt reeds sedert meer dan 150 jaar deel uit van onze rechtsorde: het is immers sinds 1830 in de Grondwet ingeschreven. In de praktijk heeft het echter een slapend bestaan geleid: het werd weinig ingeroepen in de praktijk en, aangezien de hoven en rechtbanken niet de mogelijkheid hadden wetten te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel in de grondwet, was het van weinig praktisch belang.

Sedert de laatste grondwetsherzieningen is daarin verandering gebracht: het gelijkheidsbeginsel, en zijn jongere tweelingbroer, het discriminatieverbod, kunnen nu aanleiding geven tot zowel prejudiciële vragen als tot annulatieberoepen voor het Arbitragehof. Hierdoor is het gelijkheidsbeginsel van een vaag filosofisch begrip een "harde" constitutionele regel geworden. Onder invloed van de recente rechtspraak van het Arbitragehof is een vernieuwde belangstelling voor het gelijkheidsbeginsel gegroeid. Dat het congres van de Vlaamse Juristenvereniging thans rond dit thema wordt gehouden is hiervan het bewijs.

Op zich is het merkwaardig vast te stellen dat het zo lang heeft geduurd alvorens deze hernieuwde belangstelling is ontstaan. Immers, het was voor de rechtscollages niet nodig de grondwetsherziening af te wachten: sedert het van kracht worden van het E.V.R.M.¹ en het BUPO² was het in vele gevallen immers mogelijk, via de rechtsfiguur van de directe werking, het in beide verdragen opgenomen discriminatieverbod rechtstreeks toe te passen.

Toch is het probleem in het strafrecht weinig ter discussie gesteld, behalve dan misschien in de context van de zg. "equality of arms", onder invloed van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens i.v.m. art. 6 E.V.R.M. Hoewel er wel filosofische literatuur over bestaat, is er weinig technische op het strafrecht toegespitste literatuur die rechtstreeks relevant is voor de praktijk³. Straf-

rechtsjuristen zullen zich waarschijnlijk, anders dan constitutionalist en beoefenaars van het administratief recht, vertrouwd voelen met deze materie.

Dit referaat is bedoeld als denkoefening over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in het strafrecht. Eerst worden de algemene beginselen i.v.m. het beginsel uiteengezet en in verband gebracht met het strafrecht. Daarna wordt een overzicht gegeven van een aantal (potentiële) probleemsectoren, m.n. onderdelen van het straf(proces)recht waarin mogelijkerwijze problemen zouden kunnen rijzen m.b.t. het gelijkheidsbeginsel. Het is hierbij niet de bedoeling een sluitend antwoord te geven op de gestelde vragen, maar veeleer het terrein te verkennen, van waaruit de discussie op gang kan worden gebracht. De stelling is dat het gelijkheidsbeginsel mogelijk een nieuw element kan vormen in het debat omtrent tal van hete hangijzers uit het hedendaagse straf(proces)recht. Vandaar het beeld van de "schone" slaapster in het bos, wier "ontwaken" in het strafrecht niet gevreesd hoeft te worden.

II. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL EN HET STRAFRECHT

A. Begrip

Het gelijkheidsbeginsel vereist dat gelijke gevallen in principe op gelijke wijze worden behandeld. Afwijkingen zijn slechts geoorloofd voor zover zij op een objectieve en redelijke verantwoording berusten. *Differentiatie* is dus geoorloofd. *Discriminatie*, m.n. een op willekeurige gronden gebaseerd onderscheid, is verboden⁴.

Hoewel er in principe geen onderscheid moet worden gemaakt tussen het gelijkheidsbeginsel (cf. art. 6 Grondwet) en het discriminatieverbod (cf. art. 6bis Grondwet), bestaat er wel een nuanceverschil: het gelijkheidsbeginsel verwijst naar een positieve, het discriminatieverbod naar een negatieve verplichting. In het eerste geval ligt de klemtoon op het nemen van positieve maatregelen ten einde een gelijke behandeling van de burgers te verzekeren, in het tweede geval gaat het om het verbod de rechten en vrijheden van een bepaalde categorie personen (onredelijk) meer te beperken

* Met dank aan assistent Bart Bronders, en aan de aspirant-assistenten Bart De Smet en Guy Stessens voor hun hulp bij het verzamelen van materiaal voor deze bijdrage.

¹ Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Raad van Europa, Rome, 4 november 1950, B.S., 19 augustus 1955. Err. B.S., 29 juni 1961.

² Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke rechten (BUPO), UNO, 19 december 1966, Wet 15 mei 1981, B.S., 6 juli 1983.

³ In Frankrijk heeft het thema meer aandacht gekregen onder invloed van de rechtspraak van de Conseil constitutionnel over het gelijkheidsbeginsel. Deze rechtspraak schijnt zich echter niet op dezelfde wijze te hebben verfijnd als de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, en, in navolging hiervan, het Arbitragehof. Zie o.m. LEBEN, C., "Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi", R.D.P., 1982, 295; DANTI-JUAN, M.,

"L'égalité en procédure pénale", R.S.C., 1985, 505 e.v.; van dezelfde auteur: *L'égalité en droit pénal*, Cujas, 1988. Het gelijkheidsbeginsel krijgt ook ruime aandacht in de hervormingsvoorstellen van de commissie DELMAS-MARTY, zie COMMISSION DE JUSTICE PENALE ET DROITS DE L'HOMME, *La mise en état des affaires pénales*, Parijs, La documentation française, 1991, 94, 114, 161 en 270.

⁴ Zie i.v.m. de terminologie BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1976, 7-27.

dan t.a.v. een andere categorie ⁵. Dit nuanceverschil is o.m. van belang voor de rechten en vrijheden die door de internationale verdragen worden gewaarborgd, m.n. voor de beantwoording van de vraag of de particulier zich op de directe werking van een bepaalde clausule uit het internationaal verdrag kan beroepen ⁶. Hierna worden de termen gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod als synoniemen gebruikt.

De voornaamste bronnen van het gelijkheidsbeginsel zijn: art. 14 E.V.R.M., art. 26 BUPO en de artt. 6 en *6bis* van de Grondwet.

Art. 14 E.V.R.M. heeft slechts een beperkte werking: het is beperkt tot de in het verdrag en de aanvullende protocollen neergelegde rechten en vrijheden, wat betekent dat een schending van het gelijkheidsbeginsel slechts kan worden ingeroepen in samenhang met een ander door het verdrag en de aanvullende protocollen erkend recht. Toch is het een autonome bepaling in die zin dat art. 14 geschonden kan zijn, ook al wordt geen aparte schending van het hoofdartikel vastgesteld ⁷.

Artt. 26 BUPO kent die beperking niet: schendingen van het gelijkheidsbeginsel kunnen, onafhankelijk van de schending van een door het verdrag gewaarborgd grondrecht worden ingeroepen ⁸.

De art. 6 en *6bis* van de Grondwet zijn autonome toetsingsgronden: zij moeten niet in samenhang met art. 17 worden gelezen ⁹ en maken integrerend deel uit van ieder artikel in de Grondwet dat rechten en vrijheden garandeert ¹⁰. Sedert het Pacificatiewet-arrest van het Arbitragehof wordt aangenomen dat de artt. 6 en *6bis* van de Grondwet ook de rechten en vrijheden die voortvloeien uit internationale verdragen omvatten, op voorwaarde dat het gaat om rechtstreeks werkende verdragsbepalingen ¹¹. Dit betekent dat deze rechten en vrijheden, steeds in samenhang met de artt. 6 en *6bis* van de Grondwet, voor het Arbitragehof kunnen worden ingeroepen ¹².

⁵ LEMMENS, P., "Gelijkheid en non-discriminatie in het internationale recht: synthese", in ALEN, A. en LEMMENS, P., *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 89.

⁶ Id., 90.

⁷ Zie alg. MELCHIOR, M., "Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme", in ALEN, A. en LEMMENS, P., *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 3-31.

⁸ Zie alg. BOSSUYT, M., "Het gelijkheidsbeginsel in de internationale paktten inzake mensenrechten", in ALEN, A. en LEMMENS, P., *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 33-46. In het internationaal recht bestaan nog tal van andere verdragsteksten waarin het discriminatieverbod is opgenomen. Zie in extenso, BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, o.c.

⁹ Het Arbitragehof heeft zich hierover weliswaar niet uitdrukkelijk uitgesproken, maar volgens de rechtsleer heeft het de mogelijkheid van een afzonderlijke toetsing impliciet, maar zeker aanvaard. Zie SUETENS, L.P., "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", in ALEN, A. en LEMMENS, P., *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (95), 100.

¹⁰ Arbitragehof, arrest nr. 23/89 van 13 oktober 1989. Zie SUETENS L.P., "Het Arbitragehof in 1990. Beknopt overzicht van rechtspraak", *R.W.*, 1990-91, 1290.

¹¹ Arbitragehof, arrest nr. 18/90 van 23 mei 1990. SUETENS, *ibid.*

¹² SUETENS, *ibid.*

Van minder rechtstreeks belang voor het strafrecht zijn de bepalingen van het E.E.G.-recht waarin het gelijkheidsbeginsel wordt gegarandeerd ¹³. Toch kan de strafrechter uitzonderlijk te maken hebben met gevallen waarin de onverenigbaarheid van de Belgische strafwetgeving met het gelijkheidsbeginsel in het Europees Gemeenschapsrecht wordt opgeworpen, bv. inzake het taalgebruik in strafzaken ¹⁴.

Een onderscheid wordt gemaakt tussen de gelijkheid voor de wet en de gelijkheid in de wet: gelijkheid *voor* de wet (formele gelijkheid) houdt in dat de wet op gelijke wijze t.a.v. eenieder moet worden toegepast. Gelijkheid *in* de wet (materiële gelijkheid) betekent dat de wet zelf geen discriminaties mag inhouden ¹⁵. De oudste teksten viseren vooral de formele gelijkheid: dit is bv. het geval met art. 6 van de Déclaration van 1789 ¹⁶, en ook met het art. 6 van de Grondwet. Onder invloed van de internationale verdragen inzake mensenrechten is de materiële gelijkheid meer en meer op de voorgrond geraakt: zowel art. 14 E.V.R.M. als art. 26 BUPO hebben, naast de formele, ook de materiële gelijkheid op het oog. Sedert de toevoeging van art. *6bis* in de Grondwet en de rechtspraak van het Arbitragehof met toepassing van de artt. 6 en *6bis* mag worden aangenomen dat het gelijkheidsbeginsel dat thans door de Grondwet wordt gewaarborgd zowel de formele als de materiële gelijkheid garandeert. In de praktijk legt het Arbitragehof de klemtoon zelfs vooral op art. *6bis* ¹⁷.

B. Voegt het gelijkheidsbeginsel iets toe aan de bestaande catalogus van grondrechten?

Volgens sommige auteurs is het gelijkheidsbeginsel "nuttig, maar niet noodzakelijk" ¹⁸, omdat het niets toevoegt aan de reeds bestaande rechten en vrijheden. Zij verwijzen hierbij naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat heeft geoordeeld dat het gelijkheids-

¹³ Zie bv. art. 7 van het E.E.G.-verdrag. Zie alg. LENAERTS, K., "Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht", in ALEN, A. en LEMMENS, P., *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 47-84.

¹⁴ Zie hierover het arrest Mutsch van het Hof van Justitie te Luxemburg, 11 juli 1985, zaak 137/84, *Jur.*, 1985, 2681. Een Duitstalige Luxemburger, Mutsch, die te Sankt Vith woonde en werkte, werd strafrechtelijk vervolgd. Voor de Correctionele Rechtbank te Verviers vroeg hij dat de procedure in het Duits zou worden gevoerd, met toepassing van art. 17, § 3, Taalwet Gerechtszaken (Wet 15 juni 1935 op het Taalgebruik in Gerechtszaken). Aan het Hof van Justitie werd, bij wijze van prejudiciële vraag, gevraagd of de Taalwet, die als voorwaarde voorziet dat de beklaagde de Belgische nationaliteit heeft, verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Het hof gaf hierop een ontkennend antwoord, met als resultaat dat Mutsch de Duitse procedure kon eisen op grond van het gemeenschapsrecht. Zie hierover LENAERTS, o.c.

¹⁵ Dit onderscheid wordt ontleend aan de *Reine Rechtslehre* van Hans KELSEN, zie BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination*, o.c., 74-75.

¹⁶ "La loi est l'expression de la volonté générale [...] elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse."

¹⁷ SUETENS, L.P., "Het Arbitragehof in 1990. Beknopt overzicht van rechtspraak", o.c., 1290 en id., "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", o.c., 101-104.

¹⁸ In die zin o.a. MELCHIOR, o.c., 26.

beginsel integrerend deel uitmaakt van de andere in het verdrag neergelegde rechten en vrijheden¹⁹. In vele gevallen vindt het Europees Hof het trouwens overbodig de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel apart te onderzoeken, als het eenmaal een schending van het "hoofdgrondrecht" heeft vastgesteld²⁰.

Professor P. Lemmens heeft echter zeer terecht gewezen op de *meerwaarde* die het gelijkheidsbeginsel aanbrengt in de gevallen waarin de overheid (wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke) over discretionaire bevoegdheden beschikt, doordat het bijkomende grenzen stelt aan de uitoefening van deze bevoegdheden. Dit geldt zowel voor negatieve als voor positieve maatregelen die de overheid kan nemen: de wet kan de overheid machtigen om binnen bepaalde grenzen rechten en vrijheden te beperken; binnen die grenzen is het echter verboden aan de ene meer beperkingen op te leggen dan aan de andere; anderzijds moeten, i.g.v. positieve maatregelen, aan de een dezelfde voordelen als aan de andere worden toegekend²¹. Deze meerwaarde zou van zeer groot belang kunnen zijn in het strafrecht, waar van langsom meer sprake is van "beleid"²².

Ten slotte kan de aandacht worden gevestigd op het fenomeen waarbij het gelijkheidsbeginsel de toepassingsfeer van bepaalde grondrechten kan uitbreiden: wanneer de overheid legifererend optreedt binnen het kader van een bepaald grondrecht, ook al wordt deze regelgeving niet door het grondrecht geïmpliceerd, dan moet deze regel toch aan het gelijkheidsbeginsel beantwoorden²³. Zo voorziet art. 6 E.V.R.M. niet in de verplichting een dubbele graad van rechtsmacht te creëren. Indien de wetgever echter t.a.v. één procespartij de mogelijkheid tot hoger beroep open stelt, dan moet ditzelfde recht ook aan de andere procespartijen worden gegeven²⁴.

C. Differentiatie v. discriminatie: hoe het onderscheid bepalen?

Het gelijkheidsbeginsel verzet zich niet per se tegen een ongelijke behandeling (differentiatie). Het verbiedt enkel dat een ongelijke behandeling op willekeurige wijze zou worden toegepast (discriminatie). De vraag is dus niet of afwijkingen mogen geschieden, maar op grond van welke criteria deze afwijkingen mogen geschieden.

De Belgische rechtspraak (Arbitragehof, Hof van Cassatie, Raad van State) heeft het gelijkheidsbegrip, zoals dat was ontwikkeld in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens overgenomen²⁵. Bondig geschetst

komt dit hierop neer: gelijke gevallen moeten in principe op gelijke wijze behandeld worden, afwijkingen zijn gerechtvaardigd voor zover zij berusten op een objectieve en een redelijke verantwoording.

Deze benadering impliceert een redenering in twee stappen: eerst wordt de vraag gesteld of de gevallen waarvan sprake vergelijkbaar zijn (vergelijkbaarheidstoets), vervolgens of de verschillende behandeling gerechtvaardigd is (rechtvaardigingstoets)²⁶.

Vergelijkbaarheidstoets: vereist wordt dat de gevallen vergelijkbaar of analoog zijn, niet dat zij identiek zouden zijn. Deze eerste stap schijnt hierbij, zowel door het Hof van Straatsburg als door het Arbitragehof, vaak verwaarloosd te worden²⁷.

Rechtvaardigingstoets: bij de beantwoording van de vraag of het verschil in behandeling gerechtvaardigd is, wordt nagegaan of de afwijking *objectief* is, een wettig doel nastreeft (*legitimiteitsvoorwaarde*) en niet kennelijk onevenredig is, m.a.w. of de afwijking in verhouding staat tot het nagestreefde doel (*proportionaliteitsvoorwaarde*).

Wat de rechtvaardigingstoets betreft, valt de gelijkenis op tussen de voorwaarden die door de rechtspraak worden gesteld, en de beperkingsvoorwaarden t.a.v. sommige door het E.V.R.M. gegarandeerde rechten, m.n. de artt. 8-11 E.V.R.M. (recht op de eerbiediging van het privé-leven, recht op geloofsvrijheid, recht op informatie en op vrije meningsuiting en recht op vrijheid van vereniging en vergadering)²⁸. De beperkingsvoorwaarden t.a.v. deze grondrechten zijn telkens drieërlei: beperkingen moeten bij wet voorzien zijn (*legaliteitsvoorwaarde*), zij moeten een van de in het verdrag opgenomen doeleinden nastreven (*legitimiteitsvoorwaarde*) en noodzakelijk zijn in een democratische maatschappij (*proportionaliteitsvoorwaarde*).

De legaliteitsvoorwaarde, die t.a.v. beperkingen van de hierbovenvermelde rechten wordt gesteld, wordt door de rechtspraak niet uitdrukkelijk vereist voor de rechtvaardiging van afwijkingen op het gelijkheidsbeginsel. Ik vraag mij echter af of de legaliteitsvoorwaarde niet vervat ligt in de voorwaarde dat het onderscheid "objectief" moet zijn. Be-

knopt overzicht van rechtspraak", o.c., 1290 en id., "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", o.c., 100. Het Hof van Cassatie heeft zich op zijn beurt bij deze rechtspraak aangesloten in zijn arrest van 5 oktober 1990, met conclusie van advocaat-generaal D'HOORE, *R.W.*, 1990-91, 328. Zie PIRET, J.-M., "Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de cassation", in ALEN, A. en LEMMENS, P., *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 117-135. Voor de Raad van State, zie MARTENS, P., "Egalité et non-discrimination devant le Conseil d'Etat", in ALEN, A. en LEMMENS, P., *Gelijkheid en non-discriminatie*, o.c., 135-198.

²⁶ Zie hierover in extenso DE WILDE, P., "De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof", *R.W.*, 1990-91, 481-491.

²⁷ DE WILDE, P. o.c., 483 (i.v.m. het Europees Hof voor de Rechten van de Mens), 484 (i.v.m. het Hof van Justitie en het Arbitragehof).

²⁸ Zie alg. HOFFMAN-REMY, U., *Die Möglichkeiten der Grundrechts-einschränkung nach den Art. 8-11 der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976; JACOBS, F.G., "The 'limitation clauses' of the European Convention on Human Rights", in *The limitation of human rights in comparative constitutional law*, DE MESTRAL, A. (red.), Cowansville, 1986, 21.

¹⁹ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, *Publ. E.C.H.R.*, Serie A, vol. 31, Marckx v. België, § 32.

²⁰ Zie bv. i.v.m. art. 6 E.V.R.M.: Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 19 december 1989, *Publ. E.C.H.R.*, Serie A, vol. 168, Kamasinski v. Oostenrijk (§ 75).

²¹ LEMMENS, o.c., 90-91.

²² Zie verder infra, III, B.

²³ MELCHIOR, o.c., 16.

²⁴ Zie o.m. de Belgische Taalzaken, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, *Publ. E.C.H.R.*, Serie A, vol. 6, § 9, p. 33.

²⁵ Reeds in zijn eerste arrest i.v.m. het gelijkheidsbeginsel heeft het Arbitragehof zich bij de definitie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aangesloten (arrest nr. 21/89 van 13 juli 1989). Zie hierover SUETENS, L.P., "Het Arbitragehof in 1990. Be-

tekent "objectief" niet dat de (afwijkende) behandeling op grond van op voorhand bepaalde criteria moet worden bepaald en dat alle personen die aan deze criteria voldoen op dezelfde wijze moeten worden behandeld? Hoe kan het objectief karakter van een verschil in behandeling immers worden beoordeeld, als dit verschil niet op een algemene regel berust die de grenzen en toepassingsvoorwaarden van dit verschil in behandeling bepaalt? Om die reden kan mischien worden gesteld dat de *objectiviteitsvoorwaarde* i.v.m. de rechtvaardiging van afwijkingen op het gelijkheidsbeginsel, *overeenkomt met de legaliteitsvoorwaarde* in de beperkingsclausules van de artt. 8-11 E.V.R.M. Net zoals t.a.v. de legaliteitsvoorwaarde in de artt. 8-11 E.V.R.M. door de rechtspraak wordt aanvaard, is een wet in de formele betekenis ook t.a.v. het gelijkheidsbeginsel niet vereist: voldoende is dat de regel voldoende precies is en dat de rechts-onderhorige er kennis van kan nemen²⁹. Een zekere vorm van publiciteit is dus vereist.

T.a.v. de proportionaliteitsvoorwaarde is het woord "kenmerk" van groot belang: doorgaans wordt immers aangenomen dat de rechterlijke toetsing m.b.t. het gelijkheidsbeginsel slechts marginaal kan zijn, in die zin dat slechts ongelijkheden die *kenmerk* disproportioneel zijn als discriminaties zullen worden beschouwd³⁰. Dit hangt samen met het beginsel van de scheiding der machten: de rechter mag zich immers niet in de plaats stellen van de wetgever of van de bestuurlijke overheid. M.a.w., als de overheid de keuze heeft tussen bepaalde beleidsopties, dan mag de rechter haar niet tot een bepaalde keuze dwingen³¹. Een zelfde verplichting van *judicial restraint* geldt voor de internationale rechter: ook deze mag zich niet in de plaats stellen van de bevoegde nationale overheid en mag zich niet uitspreken over de beleidsopties waarover deze nationale overheid beschikt³².

D. Hoe kunnen schendingen van het gelijkheidsbeginsel zich concreet in het strafrecht voordoen?

Algemeen gesproken kunnen schendingen van grondrechten door de overheid t.a.v. particulieren geschieden hetzij door feitelijke handelingen (bv. een willekeurige aanhouding, een willekeurige huiszoeking) hetzij door rechtshandelingen (van normatieve, bestuurlijke of jurisdictionele aard)³³.

1° Door feitelijke handelingen

T.a.v. de eerste categorie bestaan in het strafrecht waarschijnlijk geen lacunes m.b.t. de bescherming van het gelijkheidsbeginsel, doordat het strafrecht zelf in bepalingen voorziet die bepaalde discriminatoire behandelingen, door de overheid gepleegd, strafbaar stellen. De particulier die met een overheidsoptreden wordt geconfronteerd waardoor deze bepalingen worden geschonden, kan zich rechtstreeks tot de strafrechter wenden.

Het gelijkheidsbeginsel is hier dus strafrechtelijk beschermd. Zo bevat Boek II, Titel II van het Strafwetboek een hoofdstuk betreffende de *schending door openbare ambtenaren van door de Grondwet gewaarborgde rechten*: zijn o.m. strafbaar de wederrechtelijke vrijheidsberoving (art. 147) en de onrechtmatige huiszoeking (art. 148) en zelfs "elke andere daad van willekeur" (art. 151). Dit laatste artikel zou, in de context van de bescherming van het gelijkheidsbeginsel, misschien een vernieuwde toepassing kunnen krijgen.

2° Door rechtshandelingen

Schendingen van het gelijkheidsbeginsel in het strafrecht kunnen echter eveneens door *rechtshandelingen* geschieden. Zo zou het gelijkheidsbeginsel in het strafrecht kunnen worden geschonden door de wet, door een bestuurlijke handeling of door een jurisdictionele handeling.

Hoewel *wetten waardoor het gelijkheidsbeginsel zou worden geschonden* nog steeds niet aan de Grondwet kunnen worden getoetst, kunnen zij thans het voorwerp uitmaken van een annulatieberoep door de belanghebbende bij het Arbitragehof³⁴. Wanneer de vraag naar de onverenigbaarheid van een wet met de artt. 6 en 6bis voor de rechter wordt opgeworpen, kan deze hierover een prejudiciële vraag stellen aan het Arbitragehof³⁵. T.a.v. het gelijkheidsbeginsel in de internationale verdragen m.b.t. de mensenrechten hoeft de rechter die omweg via het Arbitragehof niet te maken: voor zover het gelijkheidsbeginsel, op zichzelf genomen of in combinatie met een ander verdragsrecht, rechtstreeks werkt, en voor zover overeenkomstig de hierboven geschetste criteria wordt

²⁹ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 25 maart 1983, *Publ. E.C.H.R.*, Serie A, vol. 61, Silver, e.a. v. VK. Zie ook Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 24 april 1990, *Publ. E.C.H.R.*, Serie A, vol. 176, Huvig en Kruslin v. Frankrijk.

³⁰ Zie hierover SUTENS, "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", *o.c.*, 107. DE WILDE, P., *o.c.*, 486, e.v.

³¹ LEMMENS, P., *o.c.*, 90.

³² BOSSUYT, M., *o.c.*; DE WILDE, P., *o.c.*, 487. T.a.v. het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap liggen de zaken enigszins anders omdat de lid-staten in vele aangelegenheden niet meer over een discretionaire bevoegdheid beschikken: in deze gevallen eigent het Europees Hof van Justitie zich een volledige toetsingsbevoegdheid toe: DE WILDE, P., *o.c.*, 484.

³³ RIMANQUE K., PEETERS, B. en VERMEIRE, L., *De toepassing van het E.V.R.M. in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 31.

³⁴ Zie bv. zaak nr. 378, *B.S.*, 11 februari 1991: annulatieberoep van een rijkswachter die de onverenigbaarheid van art. 17 van de wet op de demilitarisering van de Rijkswacht (wet 18 juli 1991 tot wijziging van de wet van 2 december 1957 op de Rijkswacht en van de wet van 27 december 1973 betreffende het statuut van het personeel van het operationeel korps van de Rijkswacht en houdende demilitarisering van de Rijkswacht, *B.S.*, 26 juli 1991) aanvecht op grond van de artt. 6 en 6bis van de Grondwet.

³⁵ Zie bv. Arbitragehof, arrest nr. 9/91 van 2 mei 1991 (prejudiciële vraag van de Politierechtbank te Brussel over de verenigbaarheid van art. 3 Probatiewet (Wet 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, *B.S.*, 17 juli 1964, errata 24 juli 1964) met het gelijkheidsbeginsel vervat in art. 6 Grondwet (politierechter niet bevoegd de opschorting toe te staan voor een gecontraventionaliseerd wanbedrijf — geen schending van het gelijkheidsbeginsel)). Zie ook de prejudiciële vraag van het Arbeidshof te Bergen, ingeschreven op de rol onder het nr. 333, *B.S.*, 9 november 1991, over de verenigbaarheid van sommige bepalingen uit de wet van 13 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten met het art. 6bis van de Grondwet, met name op het stuk van de bewijslast en de eerbiediging van de rechten van verdediging.

vastgesteld dat een Belgische wet strijdig is met het gelijkheidsbeginsel, moet de rechter de toepassing van de Belgische wet weigeren.

In het strafrecht kan men zich tevens *bestuurlijke en gerechtelijke handelingen waardoor het gelijkheidsbeginsel zou worden geschonden*, voorstellen. Men denke hierbij niet alleen aan de sedert het rapport van de Commissie banditisme-terrorisme³⁶ aangewakkerde discussie betreffende het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie, maar ook aan het beleid van de rechter bij de straftoemeting en aan de beleidsmogelijkheden waarover de strafuitvoeringsautoriteiten beschikken.

De vraag is echter op welke wijze een particulier die beweert het slachtoffer te zijn van een willekeurige bestuurlijke of jurisdictionele rechtshandeling van de overheid, deze rechtshandeling kan laten "toetsen". Wanneer het om *zui-ver bestuurlijke handelingen* gaat zou hij zich tot de Raad van State kunnen wenden. Het gelijkheidsbeginsel behoort immers tot de beginselen van behoorlijk bestuur waaraan de handeling kan worden getoetst³⁷.

Wanneer het om *rechterlijke handelingen* gaat is het onze-ker door welke instantie deze toetsing dient te geschieden: kan bv. een seponering door het openbaar ministerie, in de veronderstelling dat dit een rechterlijke handeling is, aan het gelijkheidsbeginsel worden getoetst, en zo ja door wie³⁸?

Wanneer een burger, die beweert het slachtoffer te zijn van een overheidsoptreden waardoor het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, bij geen enkele instantie terecht kan met deze grief, dan rijst er mogelijkwijze een probleem onder art. 13 E.V.R.M., krachtens welk een ieder die beweert het slachtoffer te zijn van een schending van het E.V.R.M., het recht heeft deze grief aan een nationale instantie (niet noodzakelijk een rechterlijke instantie) voor te leggen. In de mate waarin de particulier in België niet over deze uitweg zou beschikken, zou er een schending kunnen zijn van art. 13.

III. OVERZICHT VAN (POTENTIELE) PROBLEEMSECTOREN IN HET STRAFRECHT

In deze paragraaf worden een aantal ongelijkheden in het straf(proces)recht overzien en wordt de vraag gesteld of het verschil in behandeling kan worden verantwoord op grond van de criteria die door de rechtspraak werden ontwikkeld i.v.m. het gelijkheidsbeginsel.

A. Het recht op een eerlijk proces

Het recht op een eerlijk proces wordt o.m. gegarandeerd door art. 6 E.V.R.M. Dit recht moet op een "gelijke" wijze worden gewaarborgd t.a.v. alle procespartijen. Dit vloeit voort uit art. 6, al dan niet in combinatie met art. 14

³⁶ X., Parlementair onderzoek naar de wijze waarop de bestrijding van het terrorisme en het banditisme georganiseerd wordt. Verslag namens de onderzoekscommissie, uitgebracht door de heren Van Parijs en Laurent, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 59/8-10.

³⁷ Zie alg. SUTENS, L.P., "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur", *T.B.P.*, 1981, 81-89.

³⁸ Zie verder *infra*, III, B, 1°.

E.V.R.M. Hierna wordt een overzicht gegeven van een aantal differentiaties die mogelijk "discriminaties" zouden kunnen opleveren in het Belgische strafprocesrecht.

1° De ongelijke behandeling van de procespartijen onderling in het strafproces

a. De verdachte

Sedert de nieuwe wet op de voorlopige hechtenis (1990)³⁹ heeft de verdachte die zich tijdens het vooronderzoek in voorlopige hechtenis bevindt inzage in heel het strafdossier vanaf de eerste verschijning voor de raadkamer, en vervolgens ter gelegenheid van de maandelijkse handhavingen. De verdachte die niet in voorlopige hechtenis is genomen, heeft deze mogelijkheid niet.

Is dit verschil in behandeling verantwoord op grond van de hierboven geschetste criteria i.v.m. de rechtvaardiging van het onderscheid? Om deze vraag te beantwoorden moet worden nagegaan of de voorwaarden van objectiviteit, legitimiteit en proportionaliteit is voldaan.

Aan de objectiviteitsvoorwaarde is m.i. voldaan, nu het verschil in behandeling op een duidelijke wettelijke basis berust. Blijft dus over de vraag of het onderscheid legitiem en proportioneel is.

De vraag naar de legitimiteit van het onderscheid moet worden beantwoord vanuit de ratio legis van de verschillende behandeling. Bij de wetwijziging van 1990 had de wetgever echter niet het verschil in behandeling van de voorlopig gedetineerde en de verdachte die niet in voorlopige hechtenis is genomen op het oog, maar de processuele ongelijkheid tussen verdachte en openbaar ministerie op het ogenblik van de eerste verschijning voor de raadkamer: deze ongelijkheid was door het Hof van Straatsburg immers strijdig bevonden met het art. 5, § 4 E.V.R.M. in de zaak *Lamy v. België*⁴⁰.

Door deze gelijkschakeling tussen parket en verdachte is echter een andere ongelijkheid tot stand gekomen of versterkt⁴¹, nl. tussen de voorlopig gedetineerde en de verdachte die niet in voorlopige hechtenis is genomen. Het verschil in behandeling dat hierdoor is ontstaan zou misschien te verantwoorden geweest zijn indien het inzagerecht van de voorlopig gedetineerde verdachte beperkt gebleven zou zijn tot de stukken die verband houden met zijn aanhouding. Nu dit niet het geval is, moet de hierboven gestelde vraag m.i. op positieve wijze worden beantwoord: het gaat m.i. om een verschil in behandeling van de verdachte die niet in voorlopige hechtenis is genomen, dat niet legitiem en proportioneel is. De benadeling van de niet in voorlopige hechtenis

³⁹ Wet 20 juli 1990 op de voorlopige hechtenis, *B.S.*, 14 augustus 1990.

⁴⁰ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 30 maart 1989, *Publ. E.C.H.R.*, Serie A, vol. 151, *Lamy v. België*.

⁴¹ De ongelijkheid bestond vroeger, onder de oude Voorlopige-Hechteniswet immers ook reeds: ook toen had de voorlopig gedetineerde verdachte, bij de maandelijkse verschijningen voor de raadkamer, inzage in het strafdossier, terwijl de andere verdachten pas inzagerecht hadden op het ogenblik van de afsluiting van het gerechtelijk onderzoek, bij de regeling van de rechtspleging. Sedert de wetwijziging van 1990 heeft de voorlopig gedetineerde verdachte die inzage echter vanaf de eerste verschijning, d.w.z. na vijf dagen.

genomen verdachte die het dossier niet heeft kunnen raadplegen en de opbouw van zijn verdediging dus in een veel later stadium van de rechtspleging heeft kunnen aanvatten, is m.i. onevenredig.

b. De burgerlijke partij

Het slachtoffer van een misdrijf heeft in België, anders dan in vele andere landen, een zelfstandige ingang tot het strafproces: het kan de vermoedelijke dader rechtstreeks dagvaarden (artt. 145, 182 en 183 Sv.), of een klacht met burgerlijke-partijstelling indienen bij de onderzoeksrechter (art. 63 Sv.).

In een aantal bijzondere procedures wordt deze zelfstandige rechtsingang van het slachtoffer echter afgesloten of beperkt, m.n. t.a.v. minderjarigen en militairen en t.a.v. personen die het voorrecht van rechtsmacht genieten. De vraag of het hier om een geoorloofde differentiatie dan wel om een verboden discriminatie gaat kan op grond van dezelfde criteria worden beantwoord ⁴².

Een ander geval waarin de toegang van het slachtoffer tot de strafgerichten wordt beperkt vloeit voort uit het art. 7, § 2, van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, dat betrekking heeft op de vervolging wegens misdaden en wanbedrijven door een Belg in het buitenland gepleegd. Als het slachtoffer van een dergelijk misdrijf een Belg is, kan het de zaak volgens de gewone regels aanhangig maken (rechtstreekse dagvaarding of klacht met burgerlijke partijstelling). Is het slachtoffer echter een vreemdeling, dan is vervolging enkel mogelijk op vordering van het openbaar ministerie. Dit betekent dat de benadeelde vreemdeling niet over de mogelijkheid beschikt zelf de strafprocedure op gang te brengen. Voor Belgische slachtoffers is dit procedureel beletsel niet ingebouwd.

De vraag rijst dus of deze wetgeving verenigbaar is met de artt. 6 en 6bis van de Grondwet, met art. 6 E.V.R.M. gecombineerd met art. 14 E.V.R.M. en met art. 26 van het BUPO. T.a.v. E.E.G.-onderdanen moet men zich bovendien afvragen of het gelijkheidsbeginsel uit het E.E.G.-verdrag niet is geschonden.

Aan de objectiviteitsvoorwaarde is m.i. voldaan, omdat het onderscheid berust op een duidelijk geformuleerde regel die t.a.v. alle benadeelde vreemdelingen, slachtoffer van een door een Belg in het buitenland gepleegde misdaad of wanbedrijf, op dezelfde wijze geldt. De vraag is echter of het onderscheid legitiem en proportioneel is.

Om die vraag te beantwoorden moet worden uitgegaan van het doel dat door de wetgever met dit onderscheid wordt beoogd. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt geen duidelijke verklaring voor het onderscheid, zodat men, wat de legitimiteitsvoorwaarde betreft, in het duister tast ⁴³. Een

mogelijke reden om het onderscheid vandaag nog in stand te houden zou kunnen zijn dat in de meeste landen het slachtoffer van het misdrijf geen zelfstandige rechtsingang heeft tot het strafproces, en dat vreemde slachtoffers die volgens het recht van de plaats waar het misdrijf is gepleegd niet de mogelijkheid hebben zich rechtstreeks tot de strafrechter te wenden, deze mogelijkheid ook in België niet hoeven te krijgen. Of een dergelijke verantwoording aan de legitimiteitsvoorwaarde zou voldoen, valt te betwijfelen.

T.a.v. E.E.G.-onderdanen is de legitimiteitsvoorwaarde waarschijnlijk niet vervuld, omdat een ongelijke behandeling van Belgen en E.E.G.-onderdanen strijdig met het E.E.G.-recht is ⁴⁴. T.a.v. andere buitenlanders is het onderscheid misschien niet per se strijdig met de legitimiteitsvoorwaarde, maar de vraag blijft of de proportionaliteitsvoorwaarde vervuld is. T.a.v. art. 6 E.V.R.M. (recht op toegang tot de rechter), gecombineerd met art. 14, zou art. 7 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering mogelijk problemen kunnen opleveren.

2° De ongelijke behandeling van de tegenover elkaar staande partijen in het strafproces: verdachte versus openbaar ministerie en burgerlijke partij en het beginsel van de "equality of arms"

Krachtens het beginsel van de *equality of arms* moet er een processuele gelijkheid zijn tussen de vervolgende en de verdedigende partij. Deze gelijkheid moet niet alleen bestaan tussen de beklaagde en het openbaar ministerie, maar ook tussen de beklaagde en de burgerlijke partij. Dit veronderstelt o.m. een gelijke toegang tot de processtukken, een gelijke behandeling ter terechtzitting, enz.

Deze verplichting tot het organiseren van een gelijke behandeling in het strafproces kan zelfs verder reiken dan de verplichtingen die rechtstreeks voortvloeien uit art. 6. Hierboven is er reeds op gewezen dat, ook al is een bepaald recht in het kader van de strafprocedure niet uitdrukkelijk door het E.V.R.M. bepaald, het gelijkheidsbeginsel toch vereist dat *als* binnen het kader van het (straf)proces bepaalde rechten aan één van de partijen worden toegekend, de andere procespartijen van hetzelfde recht moeten kunnen genieten. Het reeds aangehaalde voorbeeld van het recht op hoger beroep illustreert dit: ook al vereist art. 6 E.V.R.M. niet uitdrukkelijk dat er een mogelijkheid tot hoger beroep wordt geboden, toch moet deze mogelijkheid, indien zij wordt geschapen, aan alle procespartijen op gelijke wijze worden geboden.

a. Verdachte versus openbaar ministerie

Algemeen wordt aangenomen dat de *equality of arms* in het Belgische strafprocesrecht slechts ten volle geldt tijdens

⁴² Zie hierover infra, III, C. Nog andere potentiële discriminaties, die wegens tijdsgebrek buiten beschouwing worden gelaten, zijn: de beperking of afsluiting van de toegang tot de strafrechter in de gevallen waarin de verdachte geniet van een volkenrechtelijke of een staatsrechtelijke immuniteit (bv. de artt. 44 en 45 G.W.), of wanneer de verdachte een minister is (artt. 90 en 134 G.W.).

⁴³ Het onderscheid waarvan hier sprake vervangt het vroeger onderscheid tussen de Belgische en de vreemde benadeelde. Het werd ingevoerd door de wet van 16 maart 1964 (B.S., 20 maart 1964), die werd aangenomen met het oog op de harmonisering van

de wetgeving inzake de territoriale werkingssfeer van de strafwet in het kader van de werkzaamheden van de Belgisch-Nederlands-Luxemburgse Commissie tot Eenmaking van het recht: *Gedr. St., Kamer*, 1952-53, nr. 704 (oorspronkelijk wetsontwerp) en *Gedr. St., Kamer*, 1962-63, nr. 513.

⁴⁴ Het E.E.G.-verdrag laat aan de lidstaten op dit punt slechts weinig appreciatieruimte over: de toetsing van het hof van Justitie is vaak volledig, i.p.v. marginaal. (Cf. supra, noot 32). Zie bv., i.v.m. de Taalwet Gerechtszaken, het arrest Mutsch, Hof van Justitie, Luxemburg, 11 juli 1985, Zaak 137/84, *Jur.*, 1985, 2681 (supra, noot 14).

het onderzoek ten gronde. Tijdens het — op inquisitoire leest geschoeide — vooronderzoek bevindt de verdachte zich in een minder gunstige positie dan het openbaar ministerie. Dit kan worden verklaard doordat, zoals doorgaans wordt gesteld, weliswaar met enige nuancerings, art. 6 E.V.R.M. niet geldt t.a.v. het vooronderzoek in strafzaken⁴⁵.

Dezelfde situatie kan ook vanuit een andere invalshoek worden benaderd wanneer wordt uitgegaan van de criteria die gelden m.b.t. het gelijkheidsbeginsel. Uitgaande van de vaststelling dat er tijdens het vooronderzoek een verschil in rechtspositie tussen openbaar ministerie en verdachte bestaat (bv. m.b.t. de inzage in het strafdossier, de mogelijkheid vorderingen te nemen t.a.v. de onderzoeksrechter, de procedure voor de raadkamer bij de regeling van de rechtspleging, enz.), moet de vraag worden gesteld of dit verschil in behandeling kan worden verantwoord op grond van de rechtvaardigingstoets.

Om aan de rechtvaardigingstoets te beantwoorden moet de verschillende behandeling objectief, legitiem en proportioneel zijn. De objectiviteitsvoorwaarde is waarschijnlijk vervuld: de objectiviteit van het onderscheid vloeit voort uit de algemene (geschreven en ongeschreven) regels i.v.m. het inquisitoir karakter van het vooronderzoek in strafzaken. De legitimiteit van het onderscheid kan waarschijnlijk worden geput uit het belang van de waarheidsvinding en de latere bewijslast van het parket: tijdens het vooronderzoek is het verantwoord dat het openbaar ministerie, dat belast is met het verzamelen van de bewijzen, in een structureel bevoorrechte positie verkeert t.a.v. de verdachte.

Het probleem ligt m.i. veeleer bij het vereiste van proportionaliteit: zijn alle beperkingen die t.a.v. de verdachte in het vooronderzoek in strafzaken gelden, werkelijk noodzakelijk voor het bereiken van het beoogde doel? De meningen zijn hierover de laatste jaren sterk geëvolueerd: wat tot voor enkele decennia als evenredig werd ervaren wordt thans door velen als onevenredig afgewezen. Uiteraard is het niet de taak van de rechter om zich hierover uit te spreken. Het staat aan de wetgever de juiste evenredigheidsverhouding te bepalen. Recente voorstellen die streven naar het meer contradictoir maken van het vooronderzoek zijn mede door deze bekommernis ingegeven⁴⁶.

b. Verdachte versus burgerlijke partij

Net zoals t.a.v. de verdachte is het strafrechtelijk vooronderzoek t.a.v. de burgerlijke partij inquisitoir. Op sommige punten is er een verschil in behandeling tussen de verdachte en de burgerlijke partij: zo kan de verdachte in principe geen beroep aantekenen tegen de beschikking van de raadkamer waardoor de rechtspleging wordt geregeld, daar waar de burgerlijke partij wel over een beroepsmogelijkheid beschikt. De rechtspraak neemt aan dat het hier niet om een schending van het gelijkheidsbeginsel gaat omdat de ver-

dachte niet wordt benadeeld door een beschikking tot verwijzing, daar waar de burgerlijke partij potentieel wel kan benadeeld worden door een beschikking tot buitenvervolginstelling⁴⁷. Aan de vergelijkbaarheidstoets is dus niet voldaan.

De sub 1°, a, beschreven ongelijkheid tussen de voorlopig gedetineerde verdachte en de niet aangehouden verdachte bestaat ook t.a.v. de burgerlijke partij: in tegenstelling tot de voorlopig-gedetineerde verdachte heeft de burgerlijke partij tijdens het vooronderzoek geen toegang tot het strafdossier. Ook hier zou het verschil in behandeling aan de door de rechtspraak vooropgestelde criteria kunnen worden getoetst. Objectief en legitiem zal het onderscheid waarschijnlijk wel zijn. In de mate waarin de burgerlijke partij door dit systeem in haar rechten wordt benadeeld, moet ook hier de vraag worden gesteld of aan de proportionaliteitseis is voldaan.

B. Strafrecht en beleid

Als reactie op de willekeur van de rechters in het Ancien Régime huldigde de negentiende-eeuwse wetgever t.a.v. het strafrecht een mechanische visie, waarin geen ruimte was voor beleid: de wet moest op gelijke wijze t.a.v. ieder burger worden toegepast, de straffen moesten voor een ieder gelijk zijn en de straffen, eens uitgesproken, moesten worden uitgevoerd⁴⁸. Deze visie was gefundeerd op het gelijkheidsbeginsel, meer bepaald op de toen predominerende formele variant van het beginsel, nl. de gelijkheid *voor* de wet.

Deze mechanische visie is mettertijd op de helling komen te staan: vandaag worden op bijna alle niveaus van de strafrechtspleging beleidskeuzen gemaakt, zowel op het niveau van politie en parket, als op dat van de rechter en de strafuitvoeringsautoriteiten. Het beleid op elk van deze niveaus staat vandaag centraal in de discussie over de strafrechtshervorming. Deze discussie betreft niet zozeer het bestaan van de beleidsruimte op zichzelf, als wel de vraag naar de criteria waarop het beleid berust en de controle die erop moet/kan worden uitgeoefend. Een beleid dat niet steunt op objectieve criteria en dat niet kan worden gecontroleerd draagt immers het risico in zich van willekeur.

Vanuit deze invalshoek duikt, op het eind van de 20e eeuw, het gelijkheidsbeginsel weer op, deze maal niet zozeer de formele variant (gelijkheid voor de wet — niemand zal waarschijnlijk vandaag nog de louter mechanische toepassing van de strafwet op alle niveaus van de strafrechtsbedeling verdedigen), maar de materiële variant, nl. de gelijkheid *in* de wet. Vraag is hierbij of het verschil in behandeling van vergelijkbare situaties aan de voorwaarden van objectiviteit, legitimiteit en proportionaliteit beantwoordt.

Zoals hierboven is gesteld, zou de algemene theorie over het gelijkheidsbeginsel misschien een positieve bijdrage tot deze discussie kunnen leveren, doordat zij kan helpen een

⁴⁵ Zie alg. VERLINDEN, J., "De toepassing van art. 6 E.V.R.M. in strafzaken buiten het stadium van het vonnisgerecht", *Panopticon*, 1989, 6-19 en 103-119.

⁴⁶ Zie bv. het voorstel van wet houdende de invoeging van een art. 61bis in het Wetboek van Strafvordering, ingediend door de heer ERDMANN c.s., *Gedr. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1285-1.

⁴⁷ K.I. Brussel, 16 februari 1984, *R.W.*, 1984-85, 2685. Zie ook Cass. 2 februari 1982, *R.W.*, 1983-84, 672. Cf. met de — hier niet behandelde — ongelijkheid tussen burgerlijke partij en openbaar ministerie: Cass., 2 september 1982, *R.W.*, 1982-83, 932, met noot P. LEMMENS.

⁴⁸ Zie alg. DUPONT, L., *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling*, Interuniversitaire reeks criminologie en strafrechtswetenschappen, nr. 1, Antwerpen/Arnhem, Kluwer/Gouda Quint, 1979.

aantal vragen die nu impliciet in het debat aanwezig zijn, beter te structureren. Zoals gezegd heeft het gelijkheidsbeginsel immers bijkomende grenzen gesteld aan de uitoefening van discretionaire bevoegdheden: het louter conform de wet (of de richtlijn) handelen volstaat immers niet (meer); vereist is dat niet op willekeurige wijze wordt opgetreden, m.a.w. dat het gelijkheidsbeginsel of het discriminatieverbod hierbij niet worden geschonden ⁴⁹.

1° Het vervolgingsbeleid

Thans wordt algemeen aangenomen dat het openbaar ministerie weliswaar het recht heeft vervolgingen in te stellen, maar daartoe niet verplicht is. Het kan afzien van vervolging, niet alleen wanneer de vervolging om technische redenen onmogelijk is (technisch sepot), maar ook om beleidsredenen (beleidssepot) ⁵⁰. Sedert de discussies hierover in de Commissie banditisme-terrorisme is het debat omtrent het vervolgingsbeleid in een stroomversnelling gekomen: kernvragen hierbij zijn *wie* het vervolgingsbeleid moet bepalen (het openbaar ministerie, de minister van Justitie, het Parlement, een nog op te richten Commissariaat-generaal voor de Criminele Politiek), volgens welke *criteria* en hoe en door wie de *controle* op het vervolgingsbeleid moet geschieden. Het antwoord op die vragen houdt rechtstreeks verband met de scheiding der machten en raakt daarom de essentie van ons staatsbestel ⁵¹.

Misschien kan het gelijkheidsbeginsel, zoals het in de laatste jaren door de rechtspraak is ontwikkeld, een bijdrage leveren aan de discussie. Vraag is immers wat, los van de beantwoording van de hierboven gestelde vragen, de relevantie van het gelijkheidsbeginsel in het debat kan zijn. In dit verband rijzen twee problemen die goed van elkaar moeten worden onderscheiden: in welke mate is het gelijkheidsbeginsel toepasselijk t.a.v. het vervolgingsbeleid (a) en, zo ja, op welke wijze kan de toepassing van dit beginsel in een concreet geval worden getoetst (b).

a. De toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel t.a.v. het vervolgingsbeleid

In de mate waarin een vervolgingsbeleid impliceert dat in bepaalde gevallen wordt vervolgd, en in andere gevallen van vervolging wordt afgezien, kan worden gesteld dat het moet kunnen worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel. In dit perspectief luidt de vraag of, en in welke mate, afwijkingen

van de algemene regel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, gerechtvaardigd zijn. Het loutere afdoen van deze vraag door te stellen dat het openbaar ministerie een discretionaire bevoegdheid in dezen heeft, zou thans niet meer mogen volstaan, gelet op het feit dat de uitoefening van discretionaire bevoegdheden nu ook aan het gelijkheidsbeginsel onderworpen is.

Bijgevolg moeten afwijkingen van het gelijkheidsbeginsel in deze context op dezelfde wijze als andere afwijkingen worden beoordeeld, namelijk vanuit de vraagstelling of deze afwijkingen gerechtvaardigd zijn: m.a.w. is de afwijking objectief, legitiem en proportioneel.

Mij komt voor dat het probleem hier in de eerste plaats rijst bij het eerste vereiste: de objectiviteit. Er bestaan vandaag geen algemene criteria inzake het vervolgingsbeleid, behalve misschien t.a.v. een reeks specifieke misdrijven. Als er al criteria zijn, vastgelegd in richtlijnen, dan zijn deze niet gepubliceerd, zodat het onmogelijk is ze te kennen ⁵². Meer nog, een particulier die zich beroept op een richtlijn van het parket krijgt soms het verwijt toegeslingerd zich schuldig te hebben gemaakt aan heling, schending van het beroepsgeheim of aan bedrieglijke verberging ⁵³!

Zoals hierboven is betoogd, veronderstelt de objectiviteitsvoorwaarde m.i. dat de criteria waarop een verschil in behandeling berust op een algemene regeling (die niet noodzakelijk een wet in de formele betekenis moet zijn, een richtlijn zou bv. volstaan), die bovendien moet worden gepubliceerd. Pas wanneer de eerste voorwaarde vervuld zou zijn, is het mogelijk het vervolgingsbeleid in een concreet geval te toetsten aan de twee andere i.v.m. de rechtvaardiging van het onderscheid gestelde voorwaarden, nl. de legitimiteitsvoorwaarde en de proportionaliteitsvoorwaarde. Thans is dit niet mogelijk.

b. De praktische toetsing ervan in het concreet geval

T.a.v. de vraag op welke wijze concreet het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie kan worden getoetst in de praktijk, moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de beslissing te vervolgen, en anderzijds de beslissing waarbij de zaak wordt geseponneerd.

De beslissing te vervolgen

Wanneer een persoon van mening is dat hij op willekeurige wijze wordt vervolgd door het parket, bij welke instantie kan hij dan terecht met deze grief? Het antwoord hierop houdt rechtstreeks verband met een ander actueel discussiepunt, nl. de vraag welke aard een beslissing niet te vervolgen heeft: is het een bestuurlijke, dan wel een rechterlijke handeling?

Is het een *bestuurlijke* handeling ⁵⁴, dan zou de betrokkene zich tot de Raad van State kunnen wenden. Doorgaans wordt echter aangenomen dat de beslissing te vervolgen een

⁴⁹ LEMMENS, P., o.c., 90-91.

⁵⁰ Zie alg. DE WILDE, L., "Het sepotbeleid", *Panopticon*, 1982, 508-511; JANSSEN, C. en VERVAELE, J., *Le ministère public et la politique de classement sans suite*, Brussel, Bruylant, 1990, 440 pp.; VAN KERKVOORDE, J., "Beleid van parketmagistraten: een mozaïek van individuele afhandelingspatronen? Over de conditionering van de beleidsruimte van parketmagistraten en over de harmonisering van haar aanwending", *Panopticon*, 1980, 107-118.

⁵¹ Zie o.m. KRINGS, E., "Enkele beschouwingen betreffende rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht", *R.W.*, 1989-90, 169-186; VANDE LANOTTE, J., "Bedenkingen bij de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie", *R.W.*, 1990-91, 1001-1014; VERVAELE, J., "Het openbaar ministerie in de strafrechtsspleging. - Vergt strafrechtsbeleid een nieuwe definitie van de trias politica?", *R.W.*, 1990-1991, 1014-1023.

⁵² Zo bestaat er bv. een circulaire m.b.t. de toepassing van het door de wet van 28 juni 1984 in het Wetboek van Strafvordering ingelaste art. 216bis m.b.t. de minnelijke schikking. Deze circulaire, die dateert van 22 januari 1985, werd niet gepubliceerd.

⁵³ Brussel, 28 oktober 1987, *R.D.P.*, 1988, (967), 970.

⁵⁴ In die zin L. DE WILDE, o.c., 506.

rechterlijke, en geen bestuurlijke handeling is, waardoor een beroep bij de Raad van State is uitgesloten ⁵⁵.

Is het een *rechterlijke* handeling, dan zou men zich een toetsing door de strafgerichten kunnen voorstellen. Deze hebben zich tot nog toe terughoudend opgesteld wanneer de beklagde de beslissing te vervolgen in zijn geval aanvocht op grond van het gelijkheidsbeginsel. Tot een principiële afwijzing is het echter niet gekomen. Zo werd geoordeeld dat het opportuniteitsbeginsel enkel in het gedrang kan komen indien het de uiting zou zijn van willekeur of machtsmisbruik ⁵⁶. Mij komt voor dat deze rechtspraak thans aan verfining toe is, in het licht van de criteria die ondertussen door het Arbitragehof zijn ontwikkeld i.v.m. het gelijkheidsbeginsel.

Er is m.i. geen bezwaar tegen een rechterlijke toetsing van de beslissing te vervolgen, in de gevallen waarin een beklagde inroept dat hij op willekeurige wijze wordt vervolgd en deze grief aan de strafrechter voorlegt. Als men, zoals velen, ervan uitgeaat dat het openbaar ministerie deel uitmaakt van de rechterlijke macht, dan kan een afwijzing van deze toetsing bezwaarlijk worden afgewezen op grond van het beginsel van de scheiding der machten. Ik zie geen bezwaar tegen het aanvaarden van deze mogelijkheid tot toetsing, uiteraard met dien verstande dat het slechts om een marginale toetsing zou gaan, d.w.z. dat slechts van een willekeurige behandeling kan worden gesproken voor zover de vervolging *kennelijk* onevenredig is t.a.v. het nagestreefde doel. De rechter mag zich immers niet in de plaats van de vervolgingsmagistraat stellen ⁵⁷. Maar, als overeenkomstig de hierboven uiteengezette criteria de vervolging in een concreet geval willekeurig blijkt te zijn, zou zij door de rechter als ontoelaatbaar moeten worden beschouwd ⁵⁸.

In de huidige stand van zaken is een dergelijke toetsing echter niet mogelijk. Opdat zij zou kunnen gebeuren, is immers vereist dat objectieve regels zouden worden opgesteld waaraan dit vervolgingsbeleid zou worden getoetst, waarbij ik in het midden laat door wie deze regels zouden moeten worden uitgewerkt (openbaar ministerie, Parlement, Minister van Justitie, een nog op te richten Commissariaat-generaal voor de Criminele Politiek,...).

⁵⁵ In een arrest van 11 maart 1955 heeft de Raad van State beslist dat de beslissing van een magistraat van het parket die handelt in de uitoefening van zijn ambt bij het gerecht, geen administratieve handeling is in de zin van de wet van 23 december 1946: Raad van State, arrest nr. 4145. In een arrest van 4 februari 1964 werd beslist dat het de Raad van State niet toekomt kennis te nemen van een beroep tot nietigverklaring van een handeling waarbij de procureur des konings zijn medewerking verleent aan een beslissing van de rechterlijke macht: Raad van State, arresten nr. 10.411 en 10.413. Voor Nederland, zie WIEWEL, P.G., "De beslissing tot vervolging is bestuur", *Delikt en Delinkwent*, 1991, 7-15.

⁵⁶ Gent, 14 november 1988, *T.G.R.*, 1988, (168), 174. Cf. Cass., 5 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 749.

⁵⁷ Cf. *supra*, II, C.

⁵⁸ In Nederland wordt, sedert het arrest nr. 2317 van de Hoge Raad van 19 juni 1990, aanvaard dat de strafgerichten de vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie aan de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, kunnen toetsen. Zie hierover WIELWEL, o.c.

De beslissing niet te vervolgen

Beslissingen van het openbaar ministerie waarbij wordt afgezien van vervolging in een concrete zaak, leveren een ander probleem op. Zij kunnen moeilijk door de verdachte worden aangevochten op grond van de overweging dat het gelijkheidsbeginsel geschonden is. Een dergelijke klacht zou onontvankelijk zijn bij gebrek aan belang.

Traditioneel bestaan er weliswaar een aantal remedies tegen het "stilzitten" van het openbaar ministerie, zoals bv. de rechtstreekse dagvaarding of de klacht met burgerlijke-partijstelling door het slachtoffer, het bevel van de procureur-generaal (art. 274 Sv.), het bevel van de minister van Justitie (art. 143 Ger.W. en art. 274 Sv.), en het geval voorzien door de artt. 343 Ger.W. en 235 Sv. (hof van beroep). Of deze remedies nog wel volstaan en adequaat zijn is echter zeer de vraag ⁵⁹.

Een voorbeeld van een geval waarin de remedie niet werkt, betreft de benadeelde van een misdrijf dat is gepleegd door een persoon die het voorrecht van rechtsmacht geniet ⁶⁰: wanneer de procureur-generaal een vervolging ten laste van een persoon die dit voorrecht geniet heeft geseponeerd, kan de burgerlijke partij tegen deze beslissing geen beroep aantekenen, omdat het geen jurisdictionele beslissing is ⁶¹.

2° Het straftoemingsbeleid

Van het straftoemingsbeleid kan, mutatis mutandis, hetzelfde worden gezegd als van het vervolgingsbeleid: ook de straftoemeting had, volgens de negentiende-eeuwse wetgever een mechanisch karakter. De rechter was slechts de "mond" die de woorden van de wetgever moest uitspreken ⁶², en van enige keuze qua strafmaat of modaliteiten van strafoplegging ((probatie)-uitstel en opschorting) was geen sprake. In een bekommernis de straf te individualiseren wordt aan de rechter thans een uitgebreid gamma van keuzemogelijkheden geboden op het gebied van de straftoemeting. De tendens is deze keuzemogelijkheden in de toekomst nog uit te breiden. Zo wordt bv. de dienstverleningsstraf voorgesteld en zijn er voorstanders van de invoering van een schadevergoedingsstraf.

Ook in deze context is de vraag gesteld of deze grote vrijheid die de rechter thans heeft, niet het risico van willekeur in zich draagt. De ver doorgedreven individualisering heeft ertoe geleid dat de straffen die in een concreet geval van een zelfde misdrijf worden opgelegd, vaak zeer sterk uiteenlopen. Criminologisch onderzoek heeft bovendien uitgewezen dat de verschillen tussen rechterlijke beslissingen op het punt van de straftoemeting, niet altijd verband houden met juridisch relevante factoren, maar tevens met elementen zoals het arrondissement waar het vonnis of arrest is gewezen, de leeftijd, het geslacht en de sociale status van zowel

⁵⁹ DE WILDE, L., o.c., 56; JANSSEN, C. en VERVAELE, J., o.c., 24-25; VERVAELE, J., o.c., 1022.

⁶⁰ Zie de artt. 479 e.v. Sw.

⁶¹ Zie hierover BROSENS, W., "Enkele recente evoluties in verschillende domeinen van het strafrecht", *R.W.*, 1988-89, (131), 317-319. Zie verder, i.v.m. het voorrecht van rechtsmacht, *infra*, III, C, 3°.

⁶² MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XI, 6, geciteerd door GILISSEN, J., *Historische inleiding tot het Recht*, Kluwer, Antwerpen, 1981, 476.

rechter als beklaagde, politieke en ideologische factoren, de vraag of de rechter of zijn gezin in het verleden zelf het slachtoffer van misdrijven zijn geweest, enz.⁶³

De reacties op deze wetenschappelijke vaststellingen lopen uiteen. Voor sommigen zijn de discrepanties in de straftoemeting, behalve als er echt sprake is van willekeur, onvermijdelijk: als men het principe van de individualisering van de straf aanvaardt, dan kunnen verschillen tussen onderling vergelijkbare gevallen niet worden vermeden. Ook individuele verschillen in de beoordeling van rechters zijn onvermijdbaar: rechters zijn nu eenmaal mensen en de taak de straf toe te meten is een essentieel "menselijke" taak, die niet kan en niet mag worden geobjectiveerd of zelfs geautomatiseerd⁶⁴.

Ook hier zou het gelijkheidsbeginsel misschien een constructieve bijdrage tot de discussie kunnen leveren. Verschillen in behandeling zijn immers verantwoord wanneer zij objectief zijn, legitiem en proportioneel. Maar ook hier, net zoals t.a.v. het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie, schuilt het probleem m.i. vooral in het niet vervuld zijn van de objectiviteitsvoorwaarde, omdat er geen wettelijke criteria voor de straftoemeting bestaan.

Sedert de wet van 24 april 1987⁶⁵ wordt aan de rechter weliswaar de verplichting opgelegd de straftoemeting in bepaalde gevallen te motiveren: hij moet voortaan de strafmaat motiveren, alsook de keuze tussen verschillende straffen (als de wet hem die keuze laat) (artt. 163 en 195 Sv.). Inhoudelijke criteria worden hem hierbij echter niet gegeven. Een werkelijke toetsing van de legitimiteit en de proportionaliteit van een in een concreet geval opgelegde straf wordt hierdoor onmogelijk⁶⁶.

3° Het strafuitvoeringsbeleid

T.a.v. het strafuitvoeringsbeleid kan, *mutatis mutandis*, worden herhaald wat boven is gezegd: terwijl vroeger de strafuitvoering, zowel op het niveau van het parket (initiatief tot tenuitvoerlegging) als op het niveau van het Ministerie van Justitie (de eigenlijke tenuitvoerlegging) een mechanisch karakter had, zijn thans tal van beleidsmogelijkheden tot stand gekomen. Straffen worden niet altijd meer uitgevoerd (cf. de circulaire i.v.m. de niet-uitvoering van bepaalde korte straffen en i.v.m. de niet-uitvoering van de boetevervangende gevangenisstraf), straffen worden niet altijd meer volledig uitgevoerd (voorwaardelijke en voorlopige invrijheidstelling), en t.a.v. straffen die wel worden uitgevoerd bestaan verschillende penitentiaire regimes en uitvoeringsmodaliteiten.

Ook hier rijst de vraag of het gelijkheidsbeginsel geen bijkomende eisen stelt aan de uitoefening van discretionaire bevoegdheden in deze sector. Net als t.a.v. het vervolgings- en het straftoemetingsbeleid, schijnt t.a.v. het strafuitvoe-

eringsbeleid, er in de eerste plaats iets te schorten aan het objectiviteitsvereiste, omdat de strafuitvoering niet wettelijk geregeld is en hoogstens het voorwerp uitmaakt van circulaire, die doorgaans niet gepubliceerd zijn⁶⁷.

Een andere vraag is welke instantie zal moeten oordelen over een eventuele willekeurige behandeling van een bepaald persoon in een concreet geval: de Raad van State, de gevangenisadministratie, de rechter in kort geding⁶⁸, een nog op te richten strafuitvoeringsrechtbank⁶⁹?

C. Speciale stelsels

T.a.v. sommige categorieën van personen heeft de wet een speciaal regime in het leven geroepen, dat op bepaalde punten afwijkt van de gemeenrechtelijke regeling. Hierdoor wordt een verschillende behandeling gecreëerd t.a.v. bepaalde verdachten/beklaagden, waardoor ook soms een verschil in behandeling t.a.v. de burgerlijke partij tot stand wordt gebracht.

Ook hier kan de vraag worden gesteld of het verschil in behandeling de confrontatie met de rechtvaardigingstoets kan doorstaan, m.a.w. of het op een objectieve grondslag berust, en of aan de legitimiteits- en proportionaliteitsvoorwaarde is voldaan.

Aangezien het hier gaat om afwijkingen die in een afzonderlijke wettelijke regeling zijn neergelegd, zal het objectiviteitsvereiste waarschijnlijk wel vervuld zijn. Hetzelfde geldt voor de legitimiteitsvereiste, aangezien het afwijkend stelsel doorgaans aan een welbepaalde crimineelpolitieke doelstelling van de wetgever beantwoordt. Zo er zich al problemen voordoen, dan zijn die vooral van de kant van het proportionaliteitsvereiste te verwachten.

1° Minderjarigen

T.a.v. minderjarigen bestaat een speciale rechtspleging. Ook de sancties verschillen: minderjarigen worden niet gestraft maar kunnen het voorwerp uitmaken van niet-repressieve maatregelen⁷⁰. Het verschil in behandeling wordt verantwoord door de wens van de wetgever minderjarigen aan het strafrecht te onttrekken. Hierdoor is aan de legitimiteitsvoorwaarde voldaan.

T.a.v. de proportionaliteitsvoorwaarde kan de vraag worden gesteld of de beperking van de procedurele waarborgen t.a.v. minderjarigen (zij genieten immers niet dezelfde waarborgen als een verdachte in een normale strafprocedure) evenredig is met het nagestreefde doel, nl. de behandeling i.p.v. de bestraffing van de minderjarige. Hoewel het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Bouamar v. België had besloten tot schending van art.5(4) E.V.R.M., heeft het geoordeeld dat er geen aparte schending van het gelijkheidsbeginsel (art. 14) kon worden vastgesteld, omdat

⁶³ GOETHALS, J., "De rechter berecht: straftoemeting en persoonlijkheid", *Panopticon*, 1984, 44-55.

⁶⁴ Zie alg. X., *Disparities in sentencing: causes and solutions*, Council of Europe, Collected studies in criminological research, 1989, XXVI, 166 pp.

⁶⁵ B.S., 20 mei 1987.

⁶⁶ In zijn *Voorontwerp van Strafwetboek* (art. 145) heeft R. LEGROS inhoudelijke criteria voor de straftoemeting voorgesteld (Brussel, Ministerie van Justitie, 1985).

⁶⁷ SMAERS, G., "De toepassing van het E.V.R.M. op de strafuitvoeringsfase", *Panopticon*, 1991, 31-61.

⁶⁸ DUPONT, L., "(Veroordeelde) gedetineerden voor de rechter in kort geding", *Liber Amicorum Marc Châtel*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 169-188.

⁶⁹ Cf. Het voorstel terzake in het *Voorontwerp van Strafwetboek* van R. LEGROS.

⁷⁰ Zie alg. Wet 8 april 1965 betreffende de Jeugdbescherming (Jeugdbeschermingswet), B.S., 15 april 1965, en B.S., 19 mei 1965.

de procedureregels die de voorlopige vrijheidsberoving van minderjarigen beheersen, niet op onevenredige wijze afwijken van de procedure die voor meerderjarigen geldt ⁷¹. Het arrest is op dat punt in de rechtsleer terecht bekritiseerd ⁷².

Anders dan het slachtoffer van een door een meerderjarige gepleegd misdrijf, heeft het slachtoffer van een "feit omschreven als misdrijf" ⁷³, gepleegd door een minderjarige, geen zelfstandige ingang tot de strafrechter: rechtstreekse dagvaarding of klacht met burgerlijke partijstelling wordt uitdrukkelijk door de wet uitgesloten ⁷⁴. In tegenstelling tot wat hierboven is gezegd over de behandeling van de meerderjarige zelf, kan het verschil in behandeling van de burgerlijke partij m.i. worden gerechtvaardigd op grond van het proportionaliteitsvereiste.

2° Geestestoorden

Ook geestestoorden zijn aan een apart, niet-repressief bedoeld stelsel onderworpen ⁷⁵. Anders dan t.a.v. minderjarigen verschilt de procedure lastens geestestoorden die vervolgd worden "wegens een feit, misdaad of wanbedrijf genoemd" ⁷⁶ niet op noemenswaardige wijze van de gemeenschappelijke procedure. Alleen de maatregelen ten gronde verschilt: de internering komt in de plaats van de gewone, strafrechtelijke, straffen. Dit verschil in behandeling berust m.i. op objectieve criteria en is gerechtvaardigd vanuit de drie voorwaarden die gesteld worden ter rechtvaardiging van afwijkingen t.a.v. het gelijkheidsbeginsel. Van een verboden discriminatie kan hier m.i. dus geen sprake zijn.

Wel kan er misschien een probleem rijzen bij de ongelijke behandeling van geestestoorden en parket voor de Commissies bescherming maatschappij: terwijl aan de geïnterneerde geen mogelijkheid tot hoger beroep wordt toegekend indien zijn verzoek tot voorlopige invrijheidstelling wordt afgewezen, heeft de procureur des koning wel een beroepsmogelijkheid indien de Commissie beslist tot voorlopige invrijheidstelling ⁷⁷. Gelet op het feit dat de geïnterneerde wiens verzoek tot voorlopige invrijheidstelling werd afgewezen, zijn verzoek binnen de zes maanden kan hernieuwen ⁷⁸, lijkt het verschil in behandeling mij niet kennelijk onevenredig.

⁷¹ Hoewel het Hof een schending van art. 5(4) had vastgesteld, oordeelde het dat er geen aparte schending van het gelijkheidsbeginsel (art. 14) kon worden vastgesteld, omdat de procedureregels die de voorlopige vrijheidsberoving van minderjarigen beheersen konden worden verantwoord vanuit het doel dat door de wetgeving wordt nagestreefd, nl. de bescherming van minderjarigen: Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 29 februari 1988, *Publ. E.C.H.R.*, Serie A, vol. 129, *Bouamar v. België*.

⁷² MELCHIOR, o.c., 24.

⁷³ Art. 36, § 4 Jeugdbeschermingswet.

⁷⁴ Art. 47 Jeugdbeschermingswet.

⁷⁵ Wet 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen de abnormalen en de gewoontemisdadigers, (Wet Bescherming Maatschappij), *B.S.*, 11 mei 1930, gew. wet 1 juli 1964, *B.S.*, 17 juli 1964.

⁷⁶ Art. 7 Wet Bescherming Maatschappij.

⁷⁷ Krachtens art. 19 van de Wet Bescherming Maatschappij kan de procureur des Konings beroep aantekenen bij de Hoge Commissie voor de Bescherming van de Maatschappij.

⁷⁸ Art. 15.

3° Magistraten en hoge functionarissen

Bepaalde magistraten en hoge functionarissen genieten van het zgn. *voorrecht van rechtsmacht*: in afwijking van de normale procedureregels worden zij berecht door de eerste burgerlijke kamer van het hof van beroep, die in eerste en laatste aanleg uitspraak doet ⁷⁹. De afwijkende procedures hebben vooral tot doel de betrokkenen tegen lichtzinnige vervolgingen te beschermen ⁸⁰.

Men kan zich afvragen of het hier wel om een "voorrecht" gaat, aangezien de betrokkenen niet de mogelijkheid hebben hoger beroep aan te tekenen. T.a.v. de vervolgingsinstantie is er op dit stuk geen ongelijke behandeling: de procureur-generaal, die in geval van voorrecht van rechtsmacht de strafvordering uitoeft, heeft immers evenmin een tweede aanleg. Het verschil in behandeling zit veeleer in de vergelijking met andere verdachten: terwijl een gewone burger die vervolgd wordt wegens een overtreding of een wanbedrijf over een dubbele graad van rechtsmacht beschikt ⁸¹, beschikken de in art. 479 Sv. opgesomde magistraten en hoge functionarissen hierover niet.

Het ontbreken van een dubbele graad van rechtsmacht is op zich niet strijdig met het E.V.R.M., dat niet in een recht op hoger beroep voorziet, noch met het BUPO, waarin het weliswaar is opgenomen, maar t.a.v. waarvan België een voorbehoud heeft geformuleerd ⁸². Dit belet niet dat de ongelijke behandeling met het gelijkheidsbeginsel in de Grondwet kan worden geconfronteerd. Het verschil in behandeling van magistraten en gewone burgers moet bijgevolg, net als in de hierboven besproken gevallen, aan de rechtvaardigingstoets voldoen. Hiervoor is vereist dat het objectief, legitiem en proportioneel is. "Kennelijk" onevenredig zal het onderscheid waarschijnlijk wel niet zijn, gelet op de ratio legis van de artt. 479 e.v.

In Frankrijk is, n.a.v. de werkzaamheden van de Commissie Delmas Marty, een ander aspect van het voorrecht van rechtsmacht ter discussie gesteld, namelijk niet de benadeling, maar de voorkeursbehandeling die de betrokken magistraten en functionarissen genieten doordat in de praktijk vaak vervolgingen worden geseponneerd ⁸³. Anders gezegd: vervolgingen tegen magistraten en hoge functionarissen zouden vaak "in de doofpot" worden gestopt. Ook in eigen land is bekommernis geuit voor de gebrekkige rechtspositie van de burgerlijke partij, die na een sepot van een vervolging ten

⁷⁹ Zie de artt. 479 e.v. Sv.

⁸⁰ Zie alg. VAN HAUWAERT, "Enkele beschouwingen i.v.m. het voorrecht van rechtsmacht", *R.W.*, 1985-86, 129. Zie ook BROSENS, o.c.

⁸¹ Uitgezonderd het geval van samenhang met een vervolging ten laste van een persoon die zelf het voorrecht van rechtsmacht geniet: in dat geval worden de twee zaken samengevoegd en geschiedt de samenvoeging ten voordele van het rechtscollege met de ruimste bevoegdheid, nl. de eerste burgerlijke kamer van het hof van beroep.

⁸² Zie artikel 14(5) BUPO. Het door België gemaakte voorbehoud is nu uitdrukkelijk opgenomen in art. 2 van het Zevende Aanvullend Protocol bij het E.V.R.M., nog niet door België geratificeerd. Zie ook Cass. 1 februari 1984, *R.W.*, 1984-85, 1807 en Cass. 21 februari 1990, *R.D.P.*, 1990, 670.

⁸³ Zie COMMISSION DE JUSTICE PENALE ET DROITS DE L'HOMME, *La mise en état des affaires pénales*, Parijs, La documentation française, 1991, 270.

laste van een persoon die het voorrecht van rechtsmacht geniet, in de kou blijft staan⁸⁴.

Hoewel het verschil in behandeling hier misschien wel kan worden gerechtvaardigd op grond van de rechtvaardigingscriteria legitimiteit (nl. het vermijden van lichtzinnige vervolgingen) en proportionaliteit, moet het probleem hier m.i. eerder gesitueerd worden op het vlak van de objectiviteitsvoorwaarde: door het gebrek aan – voor toetsing vatbare – algemene criteria inzake het vervolgingsbeleid, kan de beslissing van de procureur generaal om in een concreet geval een magistraat of een hoge functionaris niet te vervolgen, niet worden getoetst. Het gevaar voor willekeur vloeit hier m.i. niet voort uit de regels die de burgerlijke partij de verdere toegang ontzeggen tot de strafgerechten, maar uit het gebrek aan “objectiviteit” in de daaraan hierboven gegeven betekenis i.v.m. het vervolgingsbeleid⁸⁵.

4° Militairen

T.a.v. militairen bestaat een aparte rechtspleging⁸⁶ en zijn er ook afwijkingen van de gemeenrechtelijke regels in het materiële strafrecht⁸⁷. Het gaat hier dus om een onderscheid dat op objectieve maatstaven berust. Doorgaans wordt de legitimiteit van de afwijkende procedure niet in twijfel getrokken (hoewel er toch soms stemmen opgaan voor de afschaffing van de militaire rechtspleging in vredes-tijd⁸⁸). Ook hier liggen de problemen, zo die er al zijn, in het vlak van de proportionaliteit.

De militaire rechtspleging is op vele punten verouderd en een modernisering van de wetgeving laat reeds geruime tijd op zich wachten. In de praktijk hebben de krijgsauditoraten en de krijgsgerechten sommige lacunes gedicht om, in afwachting van het lang verwachte, maar nog steeds uitblijvend, optreden van de wetgever, “veroordelingen” van België door het Hof te Straatsburg te vermijden⁸⁹. In dit verband is de zg. “functionele scheiding” binnen de krijgsauditoraten bekend⁹⁰. T.a.v. de voorlopige hechtenis van militairen maken de krijgsgerechten al sedert geruime tijd rechtstreek toepassing van art. 5, § 4 E.V.R.M., waardoor voorlopig-gedetineerde militairen een verzoek tot voorlopige invrijheidstelling kunnen richten tot de kriegsraad, ook al

wordt hierin niet uitdrukkelijk voorzien door het Wetboek voor Militaire Strafrechtspleging⁹¹.

Men kan in deze rechtspraak toepassingen van het gelijkheidsbeginsel zien: door art. 5(4) rechtstreeks toe te passen op voorlopig gedetineerde militairen krijgen zij een behandeling die het beschermingsniveau van voorlopig-gedetineerden in een gemeenrechtelijke procedure benadert.

Vanuit een zelfde bekommernis heeft het Militair Gerechtshof beslist dat de – door de nieuwe wet op de voorlopige hechtenis ingevoerde – vrijheid of invrijheidstelling onder voorwaarden⁹², die niet uitdrukkelijk is voorzien in de militaire strafrechtspleging, per analogie op militairen kan worden toegepast. Het argument waarop wordt gesteund om over te gaan tot een analoge toepassing van de gemeenrechtelijke wet op de voorlopige hechtenis is het gelijkheidsbeginsel: hoewel de wet op de voorlopige hechtenis niet van toepassing is op militairen moeten de militaire rechtscolleges zich wel laten inspireren door de principes die ten grondslag liggen aan het ontstaan van de wet van 1990, weliswaar enkel in de mate waarin zij verenigbaar zijn met het militair strafrecht. Er anders over oordelen zou, aldus het hof, leiden tot een onduidelijke discriminatie tussen de rechtsonderhorigen van de zogenaamde gewone rechtsmachten en deze van de gespecialiseerde gerechten⁹³.

IV. SLOTBESCHOUWING

In deze bijdrage werd een overzicht gegeven van een reeks ongelijkheden in het straf(proces)recht die mogelijk strijdig kunnen zijn met het gelijkheidsbeginsel. Zoals in de inleiding is aangegeven, was het niet de bedoeling een sluitend antwoord te geven op de gestelde vragen, doch veeleer de discussie omtrent dit – voor strafrechtsjuristen nog vrij nieuwe – onderwerp op gang te brengen door een inventaris te maken van de belangrijkste ongelijkheden in het strafrecht, en deze te toetsen aan de door de rechtspraak ontwikkelde criteria inzake gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod. Deze inventaris is zeker vatbaar voor aanvulling.

Uit het voorgaande blijkt dat het gelijkheidsbeginsel in het strafrecht nog maar amper is “ontwaakt”. Op verscheidene punten werd betoogd dat het gelijkheidsbeginsel, zoals het in de rechtspraak van het Arbitragehof is uitgewerkt, in het strafrecht voor verfijning zou kunnen zorgen. Vandaar de beeldspraak die verwijst naar de *schone* slaapster in het bos: oude problemen uit het strafrecht kunnen hierdoor misschien op een vernieuwde wijze worden geanalyseerd.

Waar mogelijk kan deze verfijning door de rechter, langs de weg van prejudiciële vragen aan het Arbitragehof, of rechtstreeks, via de directe werking van het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de mensenrechtenverdragen worden aangebracht. In afwachting van een optreden van de wetgever kan dit een manier zijn om sommige van de thans bestaande lacunes te dichten. De rechtspraak van het Militair Gerechtshof die aan de militaire verdachte, in afwezigheid

⁸⁴ Zie hierover ERDMANN, F., “Privilège de juridiction: la victime du juge”, *J.L.-J.L.M.B.*, Centenaire, p. 143; BROSENS, W., “Enkele recente evoluties in verschillende domeinen van het strafrecht”, *o.c.*, 317.

⁸⁵ Zie verder supra, III, B, 1°.

⁸⁶ De militaire rechtspleging kent eigen rechtscolleges en een eigen magistratuur. De organisatie en bevoegdheid van deze instanties is geregeld in het *Wetboek voor de rechtspleging bij de Landmacht* dat dateert van 1814, de tijd van het Hollands bewind. Dit wetboek werd gedeeltelijk herzien in 1899, nl. het *Wetboek voor Militaire Rechtspleging* van 15 juni 1899.

⁸⁷ Zie het Militair Strafwetboek van 1870.

⁸⁸ Zie bv. het regeringsakkoord van februari 1992, waarin de afschaffing van de militaire rechtscolleges is opgenomen.

⁸⁹ Zie Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 26 mei 1988, *Publ. E.C.H.R.*, Serie A, vol. 135, PAUWELS v. België.

⁹⁰ GORLÉ, F., “De evolutie van de militaire strafrechtspleging”, in DE NAUW, A. e.a., (red.), *Actuele problemen van strafrecht* (XIVe Postuniversitaire cyclus W. Delva 1987-1988), 216-234, Antwerpen-Arnhem, Kluwer-Gouda Quint, 1988.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Art. 35, §§ 1 en 3 van de Wet van 20 juli 1990 op de voorlopige hechtenis.

⁹³ Militair Gerechtshof, 18 april 1991, *R.D.P.*, 1991, 1004, met noot C. VAN DEN WYNGAERT.

van uitdrukkelijke wetswijziging, een rechtsbescherming biedt die de rechtsbescherming die bestaat voor de gemeenrechtelijke verdachte zo veel mogelijk benadert, moge hierbij tot voorbeeld dienen.

Dit zal uiteraard niet in alle gevallen kunnen geschieden. Omdat afwijkingen op het gelijkheidsbeginsel steeds op een objectieve basis moeten berusten, zal een algemene regeling vaak vereist zijn. Deze regeling moet niet steeds uitgaan van de wetgever zelf: vaak zal een regeling van bestuurlijke (bv. richtlijnen van het Ministerie van Justitie i.v.m. de strafuitvoering) of rechterlijke (bv. richtlijnen van het parket i.v.m. het sepotbeleid) aard volstaan als toetssteen om de afwijking

op haar objectiviteit, legitimiteit en proportionaliteit te toetsen.

Dat de rechtscolleges zich bij de toetsing van het gelijkheidsbeginsel terughoudend moeten opstellen is reeds ten overvloede betoogd in de literatuur. Dit zou uiteraard ook gelden wanneer de strafgerechten in de toekomst zich, zoals waarschijnlijk het geval zal zijn, zullen moeten uitspreken over het gelijkheidsbeginsel. Zoniet ware het beeld van *Doomroosje* misschien meer gepast dan dat van de schone slaapster in het bos.

Prof. Chris VAN DEN WYNGAERT
Universiteit Antwerpen (U.I.A.).

HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET BELGISCH INTERNATIONAAL HUWELIJS-, ECHTSCHIEDINGS- EN AFSTAMMINGSRECHT

I. Algemene schets van het gelijkheidsbeginsel in privaatrechterlijke normen en in het I.P.R.

1. Weinigen zullen betwisten dat een staat bezwaarlijk als een «democratische rechtsstaat» kan worden aangemerkt, wanneer zijn rechtsorde het beginsel van de gelijkheid voor de wet niet huldigt. Een rechtsorde die zou toelaten dat persoonlijke privileges worden toegekend, is niet democratisch.

De «gelijkheid voor de wet» wordt gewaarborgd door de Belgische grondwet. «Er is in de Staat geen onderscheid van standen. *De Belgen zijn gelijk voor de wet*;...» (art. 6 Gw.). «Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet *zonder discriminatie* verzekerd worden ...» (art. 6bis Gw.).

Het beginsel van de gelijkheid van alle Belgen voor de wet betekent dat alle Belgen zich gelijkerwijze aan de voorschriften van de wet moeten onderwerpen, zoals zij allen hetzelfde recht hebben om de bescherming ervan in te roepen¹.

De regel van de gelijkheid voor de wet houdt in dat allen die in dezelfde toestand verkeren, op dezelfde wijze worden behandeld. Hij sluit niet uit dat een onderscheid wordt gemaakt naar bepaalde categorieën van personen, op voorwaarde dat dit onderscheid niet door een andere grondwettelijke regel of een regel van internationaal recht wordt verboden² en voor zover voor het criterium van dat onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat³. De al of niet aanwezigheid van zodanige verantwoording moet worden getoetst aan het doel en de gevolgen van de ter beoordeling staande norm en aan de redelijkheid van de verhouding tussen de aangewende middelen en het beoogde doel⁴. De regel van de gelijkheid voor de wet verzet zich dus niet tegen de ongelijke normering van ongelijke situaties; integendeel, hij dwingt ertoe.

2. Alle concrete situaties zijn uniek, dus verschillend en ongelijk.

Wanneer wordt gesteld dat een gelijke regeling (normering) moet gelden voor al wie zich in een gelijke situatie bevinden, betekent dit dat een veralgemening heeft plaatsgevonden. De toepassing van de (gelijke) norm onderstelt dat men vooraf een selectie heeft gemaakt tussen enerzijds elementen die in alle verschillende concrete situaties voorhanden zijn en relevant worden geacht om de situaties als «gelijk» te bestempelen, en anderzijds elementen die dat niet zijn. In deze laatste elementen kunnen er derhalve verschillen (ongelijkheden) bestaan, die niet verhinderen dat de situatie voor de (toepasselijkheid van de) norm als gelijk wordt aangemerkt en behandeld.

Aldus is de gelijkheid voor de wet rustig verzoenbaar met het bestaan van de meest schrijnende sociale ongelijkheden. Het formele gelijkheidsbeginsel draagt zelfs bij tot de instandhouding van sociale ongelijkheden (iedereen, rijk of arm, is gelijk voor de wetten die het eigendomsrecht organiseren en voor het erfrecht; de staat van de persoon wordt bepaald door dezelfde wetten, ongeacht de sociale situatie van de betrokken personen enz.). De sociale situatie van de betrokken persoon is m.a.w. doorgaans geen criterium dat in acht wordt genomen voor de toepasselijkheid van de norm; ze is geen element dat relevant wordt geacht om de gelijkheid of ongelijkheid te bepalen van de situaties waarop de privaatrechtelijke normen betrekking hebben.

3. De Belgische (materiële) privaatrechtelijke normen, die gelijk (moeten) zijn voor een ieder, zijn echter principieel slechts toepasselijk op intern Belgische situaties.

Terwijl het verschil in de sociale situatie van de betrokken personen principieel geen oorzaak is van ongelijkheid, wordt echter de inmenging van een vreemd element in de situatie principieel wel geacht een gegeven te zijn dat de situatie anders, ongelijk maakt.

Indien een vreemd gegeven in de persoonlijke situatie is gemengd, moet immers toepassing worden gemaakt van het internationaal privaatrecht. Het feit dat het internationaal privaatrecht deel uitmaakt van een rechtssysteem, bewijst dus dat, in dat rechtssysteem, de inmenging van een vreemd element in de situatie wordt erkend als een oorzaak van ongelijkheid, die een ongelijke behandeling rechtvaardigt of oplegt. In zijn wezen strekt het I.P.R. er dus toe de ongelijke behandeling van de ongelijke situatie te waarborgen.

4. Tot regeling van de gemengde situatie worden soms (bijzondere) materiële normen rechtstreeks aangewend (*lois d'application immédiate*). Betreffende dergelijke normen vervult het gelijkheidsbeginsel geen wezenlijk andere rol dan betreffende de louter interne materiële normen.

Deze oplossingsmethode wordt echter vrij uitzonderlijk toegepast. Doorgaans komt men slechts indirect tot de op gemengde situaties toepasselijke materiële normen, nl. door de toepassing van verwijzingsregels. De verwijzingsregels leiden tot de aanwijzing van de materiële normen van een bepaalde nationale rechtsorde die op de gemengde situatie

¹ Cass., 24 januari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 533; Cass., 2 mei 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 836; Cass., 9 mei 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 854; Cass., 9 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 155; Cass., 20 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 359 en, met concl. adv.-gen. J. VELU, *Pas.*, 1976, I, 347; Cass., 13 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 194; Cass., 3 maart 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 726; Cass., 18 september 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 103.

² Cass., 14 januari 1976, met concl. eerste adv.-gen. F. DUMON, *Arr. Cass.*, 1976, 547; Cass., 11 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 185; zie ook Cass., 18 september 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 103.

³ Arbitragehof, 13 juli 1989, nr. 21/89, *B.S.*, 21 juli 1989; Arbitragehof, 13 oktober 1989, nr. 23/89, *B.S.*, 8 november 1989; Cass., 5 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 328.

⁴ Cass., 5 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 328.

zullen worden toegepast; deze materiële normen kunnen die van de eigen rechtsorden zijn als die van een vreemde rechtsorde. Bij deze oplossingsmethode moet met het gelijkheidsbeginsel rekening worden gehouden op een enigszins ander, meer abstract vlak dan in de interne materiële normen.

Allereerst dwingt het internationaalrechtelijk gelijkheidsbeginsel ertoe de principiële gelijkwaardigheid te aanvaarden van de verschillende nationale rechtsorden. De verwijzingsregel moet worden toegepast ongeacht de nationaliteit van de rechtsorde die erdoor wordt aangewezen.

Bovendien zijn de verwijzingsregels zelf «Belgische wetten», die op zichzelf, in hun eigen structuur, het gelijkheidsbeginsel moeten eerbiedigen. Behoudens wanneer afwijkingen kunnen worden gerechtvaardigd, bv. door het nagestreefde doel, moet de gelijk(waardig)heid (van de betrokken partijen) bij de formulering van de verwijzingsregel in acht worden genomen.

Uiteraard is echter de werkingssfeer van het gelijkheidsbeginsel (in het I.P.R.) daartoe niet beperkt. Ook de uiteindelijk toepasselijke materiële normen, al zijn het die van een vreemde rechtsorde, moeten aan het gelijkheidsbeginsel worden getoetst. Waar dit immers geldt voor de Belgische materiële normen ongeacht of ze rechtstreeks dan wel via een verwijzingsregel moeten worden toegepast, moet dat eveneens gelden wanneer vreemde materiële normen krachtens onze verwijzingsregel moeten worden toegepast.

5. Onder andere door de eerbiediging van de formele gelijkheid in de verwijzingsregel, moet het I.P.R. de materieelrechtelijk ongelijke normering waarborgen van situaties die, door de inmenging van een vreemd element, principieel als ongelijk worden aangemerkt.

In bepaalde wetten wordt echter het in de situatie gemengde «vreemde» gegeven niet geacht van die aard te zijn dat het een ongelijkheid tot stand brengt of althans geen ongelijkheid die een ongelijke behandeling (principieel ongelijke materieelrechtelijke regeling) met zich zou moeten/mogen brengen. Wat door de inmenging van het vreemde gegeven principieel ongelijk is, wordt materieel toch gelijk behandeld, wat dus formeel op een ongelijke behandeling neerkomt.

Waarin moet de rechtvaardiging van die ongelijkheid door een materieelrechtelijk gelijke behandeling worden gezocht? De rechtvaardiging ligt (m.i.) in de maatschappelijke «waarde» die men beoogt (beweert) door de betrokken materiële norm op te leggen/uit te drukken/te beschermen. Deze waarde kan op zichzelf zo belangrijk worden geacht, dat afwijkingen op de norm waardoor ze wordt gevrijwaard, niet kunnen worden aanvaard, ook al is de situatie door de inmenging van het vreemde element principieel ongelijk.

Dat is bv. het geval voor de mensenrechten die in concreteerbare subjectieve rechten bestaan. Betreffende dergelijke rechten kan men a.h.w. stellen dat het al dan niet mens zijn het enige criterium is dat in aanmerking komt om tot gelijkheid of ongelijkheid van de situatie te besluiten. De inmenging van een vreemd element (bv. vreemde nationaliteit van de betrokken «mens») is in dit verband geen gegeven dat principieel «ongelijkheid» met zich brengt.

6. Ook wanneer het formele gelijkheidsbeginsel (bv. gerespecteerd door de verwijzingsregel) principieel moet leiden tot een materieelrechtelijke ongelijkheid, worden die materieelrechtelijke ongelijkheid en dus de formele gelijk-

heid in de verwijzingsregel soms doorbroken of minstens getemperd.

Dat zal het geval zijn indien de materiële ongelijkheid die principieel (volgens de verwijzingsregel) zou moeten worden aanvaard, onverenigbaar wordt geacht met die hogere waarden van het betrokken (Belgische) rechtssysteem die feitelijk niet in het gedrang mogen worden gebracht. M.a.w., het vreemde materieel recht wordt slechts aangewend in de mate waarin het niet al te vreemd is; de materiële ongelijkheid waartoe de toepassing van het vreemde materiële recht aanleiding zou geven, mag niet te groot zijn.

Is dat laatste wel het geval, dan moet de exceptie van de internationaal privaatrechtelijk openbare orde in werking worden gesteld. Door haar uitwerking wordt wat te verregaand ongelijk dreigt te worden, naar een mindere graad van materieelrechtelijke ongelijkheid afgezwakt of zelfs door materieelrechtelijke gelijkheid vervangen opdat het aanvaardbaar zij. De vooropgestelde gelijkwaardigheid van de onderscheiden nationale rechtssystemen, die tot uitdrukking komt in de principieel «blinde» werking van de verwijzingsregel, wordt hierbij «gecorrigeerd».

Uiteraard brengt dit dan weer een formele ongelijkheid teweeg. T.a.v. de onderdaan van staat X, wiens nationale wet krachtens de verwijzingsregel moet worden toegepast, worden de materiële normen van zijn staat X effectief toegepast; t.a.v. de onderdaan van staat Y is dat niet het geval, omdat de materiële normen van die staat te verregaand afwijken. De formele gelijkheid (ieder zijn nationale wet) wordt geschonden... maar daardoor ontstaat een grotere materieelrechtelijke gelijkheid.

7. Samenvattend kan betreffende het gelijkheidsbeginsel in het I.P.R. worden gesteld:

- dat in ons rechtssysteem de inmenging van een vreemd element in een situatie die situatie principieel «ongelijk» maakt zodat, overeenkomstig het gelijkheidsbeginsel, een ongelijke normering zich opdringt of minstens gerechtvaardigd is;
- dat, in het systeem van ons eigenlijk conflictenrecht, het beginsel van de gelijkheid voor de wet werkt/moet werken op twee niveaus, nl. dat van de verwijzingsregel zelf en dat van het toe te passen materiële recht;
- dat de formele gelijkheid, bestaande in de ongelijke behandeling van wat door de inmenging van het vreemde gegeven ongelijk is, erin wordt doorbroken door:
 - de abstract materiële gelijkheid volgende uit de eerbiediging van mensenrechten die in subjectieve rechten concreetiseerbaar zijn;
 - de uitwerking van de exceptie van de internationaal privaatrechtelijke openbare orde, die de principieel opgelegde ongelijkheid afzwakt of door «gelijkheid» vervangt.

In de navolgende tekst wordt deze werking van het gelijkheidsbeginsel geïllustreerd in het Belgische conflictenrecht betreffende huwelijk, echtscheiding en oorspronkelijke afstamming.

II. Het gelijkheidsbeginsel in het belgische conflictenrecht betreffende huwelijk, echtscheiding en oorspronkelijke afstamming

Inleiding — De relatieve betekenis van de gelijkheid voor de huwelijks- en afstammingswet

8. De Belgische grondwettelijke regel van de gelijkheid van alle Belgen voor de wet heeft niet verhinderd dat de Belgische wetten in abstracto belangrijke ongelijkheden hebben ingehouden en/of in het leven hebben geroepen. Inzake het huwelijk denke men aan het vroegere statuut van de gehuwde vrouw en inzake afstamming aan het vroegere statuut van de natuurlijke kinderen. Men stelde dat de ongelijkheden die ze bevatten (huwelijk : man/vrouw ; afstamming : wettig kind/natuurlijk kind), niet strijdig waren met de regel van de gelijkheid voor de wet ; immers, abstract golden dezelfde rechten en plichten voor al wie zich in dezelfde situatie bevonden.

Zoals hierboven (nr. 2) reeds is gesteld, is het eveneens opvallend dat de gelijkheid voor de wet best verzoenbaar is met de grootste sociale ongelijkheid. Het huwelijk van een dokwerker met een werkloze vrouw betekent maatschappelijk heel wat anders dan het huwelijk van een grootindustrieel met een grootgrondbezitster. Deze sociale ongelijkheid van «hun» huwelijk neemt niet weg dat ze gelijk zijn voor de huwelijkswet ; dezelfde huwelijksnormen zijn op hen toepasselijk. Het betekent sociaal heel wat anders af te stammen (kind te zijn) van een grootindustrieel dan van een werkloze, hoewel dezelfde afstammingswet op beide situaties toepasselijk is.

Het is dus best mogelijk «gelijk voor de wet» (vallend onder dezelfde wetgeving) van geval tot geval totaal verschillende huwelijken en afstammingsrelaties te beleven.

Onder welke normen men valt, heeft overigens niet zoveel te betekenen voor de dagdagelijkse beleving van de huwelijks- of afstammingsrelatie. De hypothese van crisissituaties buiten beschouwing gelaten, staat niets eraan in de weg dat een huwelijk vallend onder de normen van het einde van de twintigste eeuw, overeenkomstig de normen van de negentiende eeuw wordt beleefd. Evenzo kan een «modern huwelijk» worden beleefd door echtgenoten op wie (volgens ons) archaische huwelijksnormen toepasselijk zijn.

Meteen zij geïllustreerd dat het bv., in het kader van een andere dan een louter formele gelijkheid, meestal slechts een relatief belang heeft uit te maken welke abstract materiële huwelijks- en afstammingsnormen toepasselijk zijn op vreemdelingen die hier verblijven. Die vreemdelingen zouden hier een «Belgisch huwelijk» kunnen beleven hoewel een vreemde huwelijkswet toepasselijk zou zijn en omgekeerd.

Deze bedenkingen nemen echter niet weg dat de vragen naar het toepasselijke huwelijks- en afstammingsrecht moeten worden opgelost, zij het alleen nog maar om de werkbare normen te kunnen aanwijzen voor het geval er conflicten zijn.

A. Het gelijkheidsbeginsel en de verwijzingsregels

9. De huwelijksituatie en de afstamming van een persoon maken deel uit van zijn staat.

Aangenomen dat men ernaar streeft «de gelijkheid» zoveel mogelijk te realiseren, rijst de vraag hoe men dat doel het best kan bereiken inzake de staat van de persoon.

Theoretisch zou men kunnen stellen dat de gelijkheid het best wordt geëerbiedigd door op een ieder dezelfde (Belgische) materiële normen betreffende de staat van de personen toe te passen. Het «vreemde» element zou dan a.h.w. worden genegeerd ; er zou bv. geen rekening worden gehouden met de «vreemde» nationaliteit of woonplaats van de betrokken persoon.

Dat is echter niet de weg naar gelijkheid die in het Belgisch recht wordt gekozen. Volgens Belgisch I.P.R. is voor de categorie staat (en bekwaamheid) de nationaliteit van de persoon het gegeven dat doorslaggevend gelijkheid of ongelijkheid bepaalt ; m.a.w. de nationaliteit is de aanknopingsfactor in de verwijzingsregel voor de categorie staat en bekwaamheid⁵.

De «gelijkheid voor de wet» tussen Belgen en vreemdelingen wordt bereikt doordat, zoals de staat en bekwaamheid van Belgen wordt bepaald door de materiële normen behorend tot die categorie in «hun» Belgische nationale wet, ook (gelijkheid) de staat en bekwaamheid van vreemdelingen wordt bepaald door de desbetreffende materiële normen van de staat waarvan zij de nationaliteit hebben.

Uiteraard leidt de toepassing van deze (verwijzings)regel tot materieelrechtelijke ongelijkheid ; wie de nationaliteit heeft van de staat X kan bv. een van rechtswege ontvoogde minderjarige zijn vanaf zijn 15 jaar en meerderjarig zijn vanaf zijn 17 jaar, de Belg is meerderjarig vanaf zijn 18e jaar, terwijl de onderdaan van staat Y meerderjarig is op 21 jaar.

Deze materieelrechtelijke ongelijkheid, resultaat van de toepassing van de verwijzingsregel die de formele gelijkheid eerbiedigt, wordt aanvaard ; meer zelfs, met de (aldus geformuleerde) verwijzingsregel wordt precies beoogd ongelijkheid tot uitwerking te laten komen.

10. De hierboven weergegeven verwijzingsregel betreffende de algemene categorie staat en bekwaamheid geeft op zichzelf geen aanleiding tot problemen i.v.m. de formele gelijkheid zo de deelcategorie van de staat en bekwaamheid waarop hij toepasselijk is, een zuiver individuele status betreft (bv. de persoonlijke algemene handelingsbekwaamheid).

Dat is evenmin het geval voor de deelcategorieën die in een persoonlijke relatie bestaan (bv. huwelijk en afstamming), bijaldien de in die relatie betrokken personen dezelfde nationaliteit hebben.

Voor deze laatste deelcategorieën kan echter een gelijkheidsprobleem rijzen wanneer de in de relatie betrokken personen niet dezelfde nationaliteit hebben. «De» nationaliteit biedt dan als aanknopingsfactor geen uitsluitel. Indien men zich in dit geval, omwille van art. 3 B.W. (dat nochtans dit geval niet regelt), blijft vastklampen aan «nationaliteit» als aanknopingsfactor, zijn er de volgende mogelijkheden : ofwel worden de betrokken nationale wetgevingen cumulatief toegepast, ofwel distributief (welke twee oplossingen meestal onmogelijk zullen zijn), ofwel wordt alternatief deze of gene nationale wet toegepast naar gelang van het resultaat waartoe ze leidt (wat niet strookt met de principiële

⁵ Art. 3, al. 3 en 1 B.W. ; Cass., 16 februari 1955, *Pas.*, 1955, I, 647, *Arr. Verbr.*, 1955, 497.

«blindheid» van de verwijzingsregel) ofwel wordt, vooraf vastgelegd, de nationale wet van deze of gene in de relatie betrokken partij toegepast (bv. nationale wet van de man; nationale wet van het kind enz.).

Bij de alternatieve toepassing van deze of gene nationale wet rijst het gelijkheidsprobleem i.v.m. de vraag waarom het ene resultaat wordt verkozen boven het andere; bij de laatste oplossing (vaste keuze) i.v.m. de vraag waarom de nationale wet van de ene in de relatie betrokken partij wordt verkozen boven die van de andere. In beide gevallen is de keuze, die ongelijke behandeling inhoudt, slechts aanvaardbaar indien er een objectieve en redelijke verantwoording voor bestaat (zie boven, nr. 1).

Deze gelijkheidsproblematiek wordt hieronder geschetst aan de hand van de Belgische verwijzingsregels inzake huwelijk, echtscheiding en oorspronkelijke afstamming.

1° Het huwelijk

11. Wat betreft de grondvoorwaarden voor het aangaan van het huwelijk, rijst er in het bovengeschetste verband geen gelijkheidsprobleem in het Belgische I.P.R. De nationale wet van de aanstaande echtgenoten wordt distributief toegepast (af te leiden uit art. 170ter B.W.).

Anders is het gesteld met het huwelijks(vermogens)statuut. De distributieve toepassing van de nationale wetten is hier uitgesloten. Het huwelijks(vermogens)statuut is immers één; de man kan niet onder een ander huwelijksstatuut gehuwd zijn dan zijn echtgenote. De cumulatieve toepassing van beide nationale wetten moet eveneens worden uitgesloten, daar ze zou leiden tot onoverkomelijke contradicties.

Om bij behoud van de nationaliteit als enige aanknopingsfactor tot een oplossing te komen rest dus enkel de mogelijkheid tot alternatieve toepassing van deze of gene wet (naar gelang van het resultaat) ofwel van de vaste keuze tussen de nationale wet van de man of van de vrouw.

In het Belgische I.P.R. werd, tot vijftien-twintig jaar geleden voor de laatste oplossing geopteerd. Het persoonlijk huwelijksstatuut en het huwelijksvermogensstatuut, waarvan vanaf ongeveer 1950 werd aangenomen dat het op het huwelijksstatuut moest aansluiten, werden bepaald door de nationale wet van de man, gezinshoofd⁶.

Nadat de principiële gelijkheid van man en vrouw was ingevoerd bij de wet van 30 april 1958, zijn omwille van de gelijkheidsregel, bezwaren gerezen tegen de voorkeur die werd gegeven aan de nationale wet van de man. Het bezwaar van ongelijke behandeling in de verwijzingsregel heeft men oorspronkelijk nog trachten te keren door erop te wijzen dat de (materiële) nationale wet van de man voor de vrouw voordeliger (meer emancipatorisch) kon uitvallen dan haar eigen nationale wet⁷; de ongelijkheid zou zuiver abstract forma-

listisch zijn en het bezwaar ertegen derhalve materieel zonder inhoud.

De pogingen om aldus het bezwaar tegen de ongelijkheid te keren zijn niet geslaagd. Men heeft erop gewezen dat het op zichzelf een voordeel is zijn nationale wet toegepast te krijgen en dat dit zeker niet kan worden genegeerd in een rechtssysteem waarin het belang dat een persoon daarbij heeft, wordt onderstreept door precies principieel een ieders staat en bekwaamheid te laten bepalen door zijn nationale wet⁸.

Omwille van het gelijkheidsbeginsel moest, voor het behandelde geval, de nationaliteit van de man dan ook als aanknopingspunt worden verlaten. Men moest een geslachtsneutrale aanknopingsfactor invoeren. Een dergelijke factor heeft men, in navolging van de Franse rechtspraak⁹, gevonden in de laatste gemeenschappelijke woonplaats (verblijfplaats) van de echtgenoten wat betreft hun persoonlijk huwelijksstatuut¹⁰ en in de eerste gemeenschappelijke woonplaats voor het huwelijksvermogensstatuut¹¹.

2° De echtscheiding

12. Het formele gelijkheidsbeginsel («zijn nationale wet» voor een ieder) en de daarop aansluitende materieelrechtelijke ongelijkheid, die men principieel bijna scrupuleus wil eerbiedigen bij de conflictenregeling inzake het huwelijksstatuut, worden op flagrante wijze doorbroken in het Belgische conflictenrecht inzake internationale echtscheidingen, zoals dat werd vastgelegd bij de wet van 27 juni 1960.

Deze wet leidt tot ongelijkheden in de toegankelijkheid tot de echtscheiding afhankelijk van de nationaliteit van de medeëchtgenoot (a) dan wel van de eigen nationaliteit (b). Verder doorbreekt zij de materieelrechtelijke ongelijkheid t.a.v. de huwelijksrechten en -plichten, door indirect retroactief de gelijkheid ervan op te leggen in de gronden tot echtscheiding (c).

De eerste twee bezwaren worden hieronder geïllustreerd aan de hand van het huwelijk van een persoon met de Ierse nationaliteit, wiens nationale wet de echtscheiding niet toelaat.

a. Ongelijkheid door de inachtneming van de nationaliteit van de medeëchtgenoot

13. De eigen nationaliteit van de vreemdeling die met een Belg is gehuwd, heeft niet het minste belang. Ook al kent zijn nationale wet de echtscheiding niet (bv. Ierse wet), alle «Belgische» mogelijkheden tot echtscheiding (echtscheiding op grond van bepaalde feiten en op grond van feitelijke

⁸ Zie voor deze bedenkingen en andere, UBERTAZZI, G.M., «Règles de non-discrimination en droit international privé», in *Recueil des cours*, 1977, IV, (333), p. 370 e.v.

⁹ Cass. fr. civ., 19 februari 1963, *R.C.D.I.P.*, 1963, 559 met noot.

¹⁰ Cf. VAN HECKE, G., met medewerking van LENAERTS, K., *Internationaal Privaatrecht*, E. Story-Scientia, 1986, nr. 474; ERAUW, J., *Beginselen van Internationaal Privaatrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1985, p. 158; RIGAUX, F., *Droit international privé*, II, Brussel, Maisson F. Larcier, 1979, nr. 934.

¹¹ Cf. VAN HECKE, G. en RIGAUX, F., «Examen de jurisprudence (1981 à 1990). Droit international privé (conflits de lois)», *R.C.J.B.*, 1991, (143), nr. 26, met de daar vermelde rechtspraak.

⁶ Zie POULLET, P., *Manuel de droit international privé belge*, Brussel, Libr. Judic. P. Cécé, 1947, nr. 374; DE VOS, L., *Le problème des conflits de lois : cours de droit international privé belge*, Brussel, Bruylant, 1946, I, nr. 85; cf. SPANOGHE, E. en BOUCKAERT, F., «Overzicht van rechtspraak (1961-1965). Internationaal Privaatrecht», *T.P.R.*, 1966, (413), nr. 38 en 39; HEYVAERT, A., «Het Belgische internationaal huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1978, (555), nr. 12, telkens met de aldaar vermelde rechtspraak.

⁷ Bv. SPANOGHE, E. en BOUCKAERT, F., o.c., nr. 39 in fine.

scheiding van meer dan vijf jaar, echtscheiding door onderlinge toestemming, echtscheiding door omzetting van een scheiding van tafel en bed) staan voor hem open (art. 2 W. 27 juni 1960).

De toestand van die Ier wordt helemaal anders wanneer hij gehuwd is met een andere vreemdeling(e). Ook al zou de nationale wet van zijn medeëchtgenoot een veel soepeler echtscheidingsregime kennen dan de Belgische wet, hij beschikt in dat geval over geen enkele mogelijkheid om zelf het initiatief te nemen tot echtscheiding (art. 1 W. 27 juni 1960) en hij kan evenmin door onderlinge toestemming uit de echt scheiden ¹².

De echtscheidingsmogelijkheden van een Ier in België zijn dus totaal ongelijk naargelang hij met een Belgische dan wel met een vreemdelinge is gehuwd.

14. De al dan niet Belgische nationaliteit van de medeëchtgenoot heeft echter niet alleen belang voor de vreemdeling in wiens nationale wet de echtscheiding niet is geregeld.

Ook wanneer in de eigen nationale wet van de vreemdeling wel de echtscheiding bestaat, kan een ongelijke behandeling ontstaan op grond van de nationaliteit van de medeëchtgenoot.

Is hij gehuwd met een Belgische, dan staan alle Belgische echtscheidingsmogelijkheden voor hem open, dus de echtscheiding door onderlinge toestemming inbegrepen, ook al zou zijn nationale wet die echtscheidingsvorm ignoreren (nr. 13). Is hij gehuwd met een vreemdelinge, dan vervalt zijn mogelijkheid om door onderlinge toestemming uit de echt te scheiden, wanneer de (vreemde) nationale wet van zijn medeëchtgenoot die echtscheidingsvorm niet heeft, ook al bestaat de echtscheiding door onderlinge toestemming in zijn nationale wet.

15. Terwijl voor vreemdelingen de nationaliteit van de medeëchtgenoot zo belangrijk is, heeft ze daarentegen niet het minste belang voor een Belg.

Het nationale echtscheidingsrecht van zijn vreemde echtgenote speelt niet de minste rol, noch inzake de toelaatbaarheid van de echtscheiding(svormen) noch inzake de gronden!

b. Echtscheidingsongelijkheid tussen vreemde echtgenoten op grond van de eigen nationaliteit van de betrokken echtgenoot

16. In geval van huwelijk tussen vreemdelingen wordt de toelaatbaarheid van de echtscheiding wegens een bepaalde oorzaak beheerst door de Belgische wet, tenzij de nationale wet van de echtgenoot die de echtscheiding vraagt, zich ertegen verzet (art. 1 W. 27 juni 1960).

Uit een arrest van 8 oktober 1964 van het hof van Cassatie ¹³ leidt men af dat met «toelaatbaarheid» in art. 1 W. 27 juni 1960 enkel wordt bedoeld de abstracte mogelijkheid van ontbindbaarheid van het huwelijk door echtscheiding ¹⁴. Het mogelijke «verzet» van de nationale wet van de eiser

heeft dus enkel daarop betrekking. Dit betekent dat de echtscheiding wegens een bepaalde oorzaak tussen vreemdelingen in België principieel mogelijk is, zodra in de nationale wet van de eiser enige vorm van echtscheiding is opgenomen. Enkel de echtgenoot wiens nationale wet van geen enkele vorm van echtscheiding voorziet, heeft geen toegang tot de (Belgische) echtscheiding wegens een bepaalde oorzaak.

Deze regel brengt een materieelrechtelijke ongelijkheid met zich tussen vreemde echtgenoten wanneer de nationale wet van de ene geen echtscheiding toestaat (bv. een Ier) en die van de andere wel (bv. een Deense). De Deense kan dan wel wegens een bepaalde oorzaak (bv. op grond van overspel van de Ier; zie art. 3 W. 27 juni 1960) de echtscheiding vorderen tegen de Ier; deze laatste kan echter niet op zijn beurt (bv. bij tegenvordering op grond van overspel van zijn Deense vrouw) de echtscheiding vorderen tegen zijn echtgenote.

De Belgische wet van 1960 genereert aldus een huwelijk waarvan de ontbinding door echtscheiding slechts door één van de twee echtgenoten kan worden gevorderd.

Wetgevingen die dergelijke enkel eenzijdige echtscheidingsmogelijkheden inhouden (bv. mogelijkheid tot echtscheiding-verstoting enkel verleend aan de man, niet aan de vrouw), werden/worden in België terecht afgekeurd (bv. in de erkenningspraktijk).

Maar welk verschil maakt het voor het concrete huwelijk uit of de ongelijkheid steunt op het geslachtsonderscheid dan wel op het «nationaliteitsonderscheid» tussen de echtgenoten?

De mogelijke consequenties van deze ongelijkheid mogen niet worden onderschat. In het boven gegeven voorbeeld van de Ier gehuwd met een Deense kan, bij toepassing van de wet van 27 juni 1960, de echtscheiding enkel worden toegestaan ten nadele van de Ier, niet ten nadele van zijn Deense echtgenote. Indien men, zoals het logisch moet, de gevolgen van de echtscheiding (de inhoud van de echtgescheiden toestand) laat beheersen door de wet die de gronden tot echtscheiding heeft bepaald (-anders doorbreekt men de band tussen oorzaak en gevolg; men kan immers op de Belgische gronden tot echtscheiding enkel een «Belgische» echtscheiding verkrijgen-), zijnde de Belgische wet (art. 3 W. 27 juni 1960), zijn de bepalingen van de artt. 299-301 B.W. ten laste van de Ier toepasselijk. Hij is immers de schuldige. Hij kan dus gehouden zijn een onderhoudsvergoeding na echtscheiding te betalen, zonder dat hij de mogelijkheid heeft daaraan te ontsnappen door op zijn beurt de echtscheiding te verkrijgen in het nadeel van zijn Deense (ex-)echtgenote.

c. Doorbreking van de gelijkheid in de band tussen huwelijksrechten en -plichten enerzijds en gronden tot echtscheiding anderzijds

17. De gronden tot echtscheiding worden bepaald volgens de Belgische wet (art. 3 W. 27 juni 1960).

De Belgische gronden tot echtscheiding wegens een bepaalde oorzaak bestaan in tekortkomingen van de medeëchtgenoot aan huwelijksplichten.

Wanneer nu de Belgische wet bepaalt welke tekortkomingen door een echtscheiding kunnen worden gesanctioneerd (gronden tot echtscheiding), bepaalt ze meteen wanneer dergelijke tekortkomingen niet bestaan, m.a.w. hoe het wel (anders) moest en dus wat de huwelijksplichten en (geschonden) -rechten zijn. Onze conflictenregel betreffende

¹² Cass., 14 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2023, *Pas.*, 1979, I, 445.

¹³ Cass., 8 oktober 1964, *Pas.*, 1965, I, 125.

¹⁴ Cf. RIGAUX, F., *o.c.*, II, nr. 945; ERAUW, J., *o.c.*, p. 173; VAN HECKE, G. met medewerking van LENAERTS, K., *o.c.*, nr. 496.

de gronden tot echtscheiding legt dus aan de echtgenoten die in België wegens een bepaalde oorzaak uit de echt scheiden a.h.w. *retroactief* de Belgische huwelijksrechten en -plichten op.

Uiteraard is dat geen probleem voor echtgenoten waarvan het persoonlijk huwelijksstatuut volgens onze conflictenregel toch door de Belgische wet werd bepaald (bv. twee echtgenoten met de Belgische nationaliteit; twee echtgenoten met een verschillende nationaliteit met gemeenschappelijke woonplaats in België). Anders is het echter gesteld voor echtgenoten waarvan het persoonlijke huwelijksstatuut volgens onze conflictenregel door een vreemde wet werd/wordt bepaald (bv. twee vreemdelingen met dezelfde nationaliteit). T.a.v. deze laatsten wordt de (elementaire) coherentie tussen echtscheidingsgronden en huwelijksplichten doorbroken.

Er ontstaat aldus een ongelijkheid. Voor sommige echtparen werden de echtscheidingsgronden (coherent) bepaald door dezelfde (Belgische) wet als die welke hun huwelijksstatuut beheerst, voor andere is dat niet het geval.

3° De oorspronkelijke afstamming

18. Betreffende de afstamming van vaderszijde (-de oorspronkelijke afstamming van moederszijde wordt hieronder in een ander verband behandeld-), geeft het gelijkheidsbeginsel aanleiding tot een dubbele vraag.

De eerste vraag is of het gelijkheidsbeginsel verenigbaar is met het bestaan van onderscheiden verwijzingsregels naargelang het een afstamming binnen dan wel buiten het huwelijk betreft; of, m.a.w., die afstamming als te onderscheiden deeltcategorieën behouden moeten blijven.

In de Belgische rechtspraak blijft men blijkbaar, ook na het Marckxarrest en na de inwerkingtreding van de Afstammingswet van 31 maart 1987, twee onderscheiden verwijzingsregels toepassen.

Betreffende de afstamming buiten huwelijk («natuurlijke» afstamming) is de rechtspraak (althans inzake onderzoek naar het vaderschap) reeds lang gevestigd door een arrest van het Hof van Cassatie. Toepassing moet worden gemaakt van de nationale wet van het kind ¹⁵.

Betreffende de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (-en dus betreffende de «wettige» afstamming-), blijft de (lagere) rechtspraak toepassing maken van de wet van het persoonlijk statuut, dus principieel de nationale wet, van de man-echtgenoot ¹⁶.

Is het verantwoord dit onderscheid nog te maken, nog een «ongelijke» verwijzingsregel te hanteren voor «wettige» en «natuurlijke» afstamming?

19. Ook in dit verband kan voorafgaand worden opgemerkt dat de toepassing van een verschillende verwijzingsregel helemaal niet impliceert dat de ene categorie materieelrechtelijk wordt gediscrimineerd tegenover de andere. Het kan voor een «natuurlijk kind» uiteindelijk materieel-

rechtelijk voordeliger zijn onder de toepassing te vallen van de voor zijn categorie specifieke verwijzingsregel dan wanneer een verwijzingsregel zou worden toegepast die dezelfde zou zijn voor huwelijkse en buitenhuwelijkse afstamming.

Anderzijds kunnen echter geen overtuigende argumenten (meer) worden aangevoerd om de huwelijkse en buitenhuwelijkse afstamming als afzonderlijke categorieën te blijven behandelen.

Nu er geen afdoende redenen bestaan om een onderscheid te maken, is het overbodig, nutteloos en dus zelfs zuiver rechtstechnisch onverantwoord een ongelijkheid in stand te houden.

Derhalve rijst als tweede vraag welke ene verwijzingsregel moet worden voorgesteld en hoe daarbij het gelijkheidsbeginsel in de verhouding man/kind moet werken.

20. Wanneer het kind en de man die bij de afstammingsvraag betrokken zijn, dezelfde nationaliteit hebben, rijst er geen probleem. Krachtens art. 3, derde lid, B.W. moet hun gemeenschappelijke nationale wet worden toegepast.

De (conflictenrechtelijke) gelijkheidsvraag duikt echter opnieuw op wanneer ze een verschillende nationaliteit hebben. Is het verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel aan de nationale wet van één van beiden de voorkeur te geven?

Indien dit laatste wel het geval is, kan uit het voorheen geldende conflictenrecht worden afgeleid wat die (nu ene) verwijzingsregel moet zijn.

In het Belgische materiële recht werden, precies mede wegens het discriminatieverbod dat had geleid tot de veroordeling van de Belgische staat in het Marckxarrest, bij de Afstammingswet van 31 maart 1987, de categorieën «wettige» en «natuurlijke» afstamming gewoerd. Er bestaat maar één afstammingsstatuut meer, (principieel) gelijk voor alle kinderen.

Bij dezelfde wet werd het afstammingssysteem dus gedomatrimonialiseerd, volledig geïndividualiseerd, ook al is één van de ouders gehuwd, m.a.w. ook echtgenoten kunnen, tijdens hun huwelijk, ieder hun eigen afstammelingen krijgen, zonder dat die tevens afstammelingen van de medeëchtgenoot hoeven te zijn (-verwekking in overspel staat geen principieel volwaardige afstamming in de weg-).

De actuele individualisering in de vestiging (al dan niet bestaan) van de afstamming, brengt ze in dat verband in haar geheel nu veel dichter bij de vroegere natuurlijke afstamming dan bij de vroegere wettige.

Voor de vroegere categorie «natuurlijke afstamming» werd de nationaliteit als aanknopingsfactor gehanteerd (staat en bekwaamheid; art. 3, derde lid, B.W.). Omdat de belangen van het kind op de eerste plaats moesten worden beschermd en zijn nationale wet (in abstracto) werd geacht het best te kunnen uitmaken waardoor die belangen werden gediend, werd de nationaliteit van het kind als aanknopingsfactor gekozen (de ongelijke behandeling man/kind werd dus door het nagestreefde doel gerechtvaardigd). Die regel kan nu voor de hele categorie afstamming worden aangevend. Er kan immers geen argument worden gevonden waarom huwelijkse kinderen minder zouden moeten worden beschermd dan buitenhuwelijkse en waarom aan de bescherming van dat belang (in de conflictregel) niet dezelfde consequentie zou moeten worden verbonden wanneer de moeder gehuwd is als wanneer ze niet gehuwd is.

¹⁵ Cass., 20 maart 1941, *Pas.*, 1941, I, 86.

¹⁶ Rb. Brussel, 22 november 1988, *T. Vreemd.*, 1988, p. 18, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1990, 253 met noot FALLON, M.; Rb. Brussel, 20 februari 1990, *T.B.B.R.*, 1991, 86; Rb. Brussel, 30 april 1990, *T. Vreemd.*, 1990, 25; Rb. Brussel, 29 september 1987, *Pas.*, 1987, III, 110; Rb. Brussel, 6 oktober 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 481; Rb. Doornik, 21 maart 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 716.

De verwijzingsregel voor de (algemene) categorie afstamming moet dan zijn dat ze wordt beheerst door de nationale wet van het kind.

21. Indien de gelijkheidsregel zou eisen dat een persoonsneutrale aanknopingsfactor wordt aangewend, is het niet zo eenvoudig er een voor te stellen die alle mogelijke gelijkheidsproblemen uitsluit en (toch) voldoende relevant blijft.

Dat kan niet de «gewone verblijfplaats» zijn, want dan rijst bij ontstentenis van gemeenschappelijke gewone verblijfplaats (d.w.z. gewone verblijfplaats van man en kind in dezelfde staat) dezelfde vraag als in geval van ontstentenis van gemeenschappelijke nationaliteit.

Een oplossing zou erin kunnen bestaan toepassing te maken van de *lex fori*; hier is dan echter de vraag of de aanknopingsdaarmee voldoende relevant is.

Men zou ook kunnen werken met een getrapte verwijzing; bv. de «gemeenschappelijke nationale wet» en bij ontstentenis daarvan «de wet van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats».

Ten slotte zou men de klassieke blindheid van de conflictenregels opzij kunnen schuiven en toepassing maken van de aangeknoopte wet die het gunstigst uitvalt voor het kind (wat, ten eerste, onzekerheid met zich brengt en, ten tweede, de beantwoording impliceert van de vraag waarmee in een concreet geval de belangen van het kind het best worden gediend). Ook bij die regel kan men nog goochelen met de abstracte gelijkheid; t.a.v. ieder kind wordt immers «op gelijke wijze» de wet toegepast die voor hem het gunstigst is.

B. De doorbreking van de (formeel) gelijkheid t.a.v. de verwijzingsregels door de oplegging van materieelrechtelijke gelijkheid

22. Het I.P.R. wordt in zijn wezen achterhaald wanneer, ongeacht de inmenging van een vreemd element in de situatie, voor een ieder dezelfde (gelijke) materieelrechtelijke normen moeten worden toegepast (1°).

Het wordt eventueel in zijn uitwerking getemperd wanneer intern materieelrechtelijke gelijkheid wordt opgelegd hetzij door specifieke normen (2°) hetzij door de uitwerking van de internationaal privaatrechtelijke openbare orde (3°).

1° Het I.P.R. achterhaald door de gelijkheid t.a.v. de mensenrechten (fundamentele rechten) die concretiseerbare subjectieve rechten inhouden

23. In een rechtsorde waarin zijn bestaan wordt geponeerd, moet men logisch stellen dat een mensenrecht een universeel recht is; een recht dat ieder mens immers heeft door het enkele feit mens te zijn (-anders verliezen «de mensenrechten» een van hun belangrijkste functies, nl. hun politiek-ideologiserende rol-).

Het al dan niet toekennen (erkennen) van een dergelijk recht kan dus niet afhankelijk zijn van de vraag of al dan niet een vreemd gegeven in de situatie is gemengd. Het «vreemde» (bv. vreemde nationaliteit) mag dus in dat verband geen oorzaak zijn van ongelijkheid. Een mens is een mens, ook al is hij een vreemdeling.

Het I.P.R., waarvan de vooropstelling precies is dat de inmenging van een vreemd gegeven ongelijkheid met zich brengt en daardoor, de gelijkheid, een ongelijke behandeling rechtvaardigt of zelfs oplegt, wordt door de mensen-

rechten dus principieel opzij gezet, wordt erdoor achterhaald.

Opdat dit ten volle kan gelden, is echter vereist dat die mensenrechten in concretiseerbare materieel-subjectieve rechten zijn uitgedrukt. Anders blijft immers de mogelijkheid bestaan van onderling verschillende materieelrechtelijke regelingen, die ieder op zichzelf verzoenbaar kunnen zijn met het abstracte mensenrecht.

24. Artikel 8, lid 1, E.V.R.M., waarbij o.m. het recht op eerbiediging van zijn familielevens aan een ieder wordt toegekend, houdt een voorbeeld in van een dergelijk concretiseerbaar mensenrecht.

Bij zijn arrest van 13 juni 1979 in zake Marckx/Belgische Staat¹⁷, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in die bepaling gelezen dat de eerbiediging ervan impliceert dat in de nationale rechtsorden de afstamming van moederszijde van rechtswege wordt gekoppeld aan de natuurlijke band tussen een vrouw en het kind waarvan ze bevalt¹⁸; de regel «*mater semper certa est*» moet dus worden toegepast.

Volgens het E.H.R.M. houdt art. 8, eerste lid, E.V.R.M. dus een subjectief recht in voor de vrouw en voor het kind waarvan ze is bevallen, om met elkaar in afstammingsrelatie te staan.

Daar dit recht, als fundamenteel recht, voor iedere mens in gelijke mate geldt, moet het door de (gebonden) rechtsorden worden erkend zonder de bijkomende vraagstelling naar de eventuele inmenging van een vreemd element in de situatie; dus zonder dat de inmenging van het vreemde als een principiële oorzaak van ongelijkheid in aanmerking kan komen.

Dit betekent zonder meer dat, althans wat betreft het bestaan van de oorspronkelijke afstamming van moederszijde, het I.P.R. buiten werking wordt gesteld, wordt achterhaald, op grond van de verplichte materieelrechtelijke gelijkheid.

2° De uitwerking van het I.P.R. getemperd door de (oplegging van) interne materieelrechtelijke gelijkheid

25. a. In het Marckxarrest is wel beslist dat art. 8, lid 1, E.V.R.M. inhoudt dat tussen de bevallen vrouw en haar kind een afstammingsrelatie bestaat vanaf de geboorte.

Het arrest blijft echter vaag betreffende het antwoord op de vraag welke (minimale) subjectieve rechten het bestaan van een afstammingsrelatie moet inhouden. Het duidt wel aan dat die relatie op de eerste plaats bestaat in «relaties van sociale, morele of culturele aard, bv. in de sfeer van de opvoeding van de kinderen»; het voegt eraan toe dat ook materiële belangen, zoals de onderhoudsplicht en de erfopvolging, daartoe behoren en, nauw verbonden met deze laatste, de mogelijkheid om de erfopvolging te regelen bij testament of door schenking (zie §52 van het arrest).

Wat deze verhoudingen concreet (moeten) inhouden, wordt niet bepaald. De invulling daarvan wordt dus overgelaten aan de (materieelrechtelijke normen van de) nationale rechtsorden. Deze invulling kan verschillen van land tot

¹⁷ E.H.R.M., 13 juni 1979 in zake Marckx/Belgische Staat, *Publications de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Série A, vol. 31.

¹⁸ Marckxarrest, *l.c.*, §§31, 35, 36 en 37.

land, zonder dat het verschil (de ongelijkheid van de desbetreffende materiële normen in de onderscheiden rechtsorden) erop zou moeten wijzen dat het fundamenteel recht erkend bij art. 8, lid 1, E.V.R.M. zou zijn geschonden.

In dit verband wordt het I.P.R. niet uitgeschakeld; de conflictenregels kunnen aanleiding geven tot de toepassing van deze ongelijke materieelrechtelijke normen.

Dit betekent echter niet dat het fundamentele recht op gelijkheid in de afstammingsrelatie geen uitwerking meer zou hebben. Het blijft gelden, maar op een ander niveau.

Hoewel de nationale rechtsorden immers zelf, onderling verschillend, de inhoud van de afstammingsrelatie mogen bepalen, mogen ze daarbij echter geen discriminatie bevatten die strijdig zou zijn met art. 14jo. art. 8, lid 1, E.V.R.M.

Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het Marckxarrest vastgelegd dat evenmin als voor de vestiging van de afstamming het huwelijk van de moeder een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond is om een onderscheid te maken (dus in «ongelijkheid» te voorzien) i.v.m. de persoonlijke en inhoudelijke draagwijdte van de afstammingsrelatie (Marckxarrest, *l.c.*, §38-43, 48, 59 en 65). M.a.w. het gelijkheidsbeginsel (verbod van discriminatie) eist niet dat kinderen en ouders in alle rechtsorden dezelfde afstammingsrechten en -plichten hebben; het eist echter wel dat, *binnen een bepaalde rechtsorde*, alle kinderen en ouders dezelfde afstammingsrechten en -plichten hebben (bv. moeten de buitenhuwelijkse en de huwelijkse afstamming gelijk zijn in de nationale rechtsorden).

Het door de conflictenregel aangewezen nationale (materiële) recht dat toch een ongelijkheid zou inhouden, moet dan omwille van het gelijkheidsbeginsel «gecorrigeerd» worden. De (gelijke) conflictenregel krijgt dan, wegens het gelijkheidsbeginsel, geen volledige uitwerking.

26. b. Het gelijkheidsbeginsel kan op hetzelfde niveau uitwerking hebben in de verhouding tussen echtgenoten.

Art. 23, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (BUPO) van 19 december 1966 luidt als volgt:

«De staten die partij zijn bij dit verdrag nemen passende maatregelen ter verzekering van de gelijke rechten en verantwoordelijkheden van de echtgenoten wat het huwelijk betreft, tijdens het huwelijk en bij de ontbinding ervan ...»¹⁹

Deze bepaling legt geen welbepaalde rechtsverhouding (geen concretiseerbare subjectieve rechten en plichten) op die als fundamenteel recht tussen echtgenoten zou moeten bestaan tijdens het huwelijk of in verband met de ontbindbaarheid ervan.

Andermaal kunnen de nationale rechtsorden, zonder deze bepaling te schenden, op een onderling verschillende wijze vastleggen welke subjectieve rechten de verhouding tussen echtgenoten (het huwelijk) uitmaken, op welke gronden en wijzen de echtgenoten de ontbinding ervan kunnen verkrijgen (in de onderstelling dat in de ontbindbaarheid door een andere oorzaak dan het overlijden wordt voorzien) en welke rechten de (gewezen) echtgenoten bij de ontbinding hebben. Er wordt m.a.w. aan de nationale rechtsorden

geen welbepaald huwelijks- en echtscheidingsmodel opgedrongen.

Het is dus best mogelijk in dit verband toepassing te maken van het I.P.R. om uit te maken welk nationaal materieel recht de huwelijksverhouding en de ontbindingsvoorwaarden ervan bepaalt en daardoor in een bepaalde rechtsorde tot de aanvaarding te komen van huwelijken die onderling verschillend materieel genormeerd zijn; dus eigenlijk van verschillende soorten «huwelijk».

Wat echter wel wordt verboden, is dat de subjectieve rechten waaruit het huwelijk tussen echtgenoten bestaat en de toegangsmogelijkheden tot de ontbinding ervan en de gevolgen van deze ontbinding, voor beide echtgenoten niet dezelfde zouden zijn. Hierbij wordt uiteraard vooral bedoeld dat het nationale (materiële) recht de echtgenoten geen verschillende rechten en plichten en ontbindingsmogelijkheden mag verlenen of opleggen naar gelang van hun geslacht. Man en vrouw moeten dezelfde rechten en plichten hebben in het huwelijk²⁰ en de echtscheiding. Het is echter evident dat ook andere verschillen dan in het geslacht, bv. de nationaliteit²¹, geen rechtvaardigingsgrond voor een ongelijkheid tussen de echtgenoten mogen zijn.

Indien onze rechtsorde wordt geconfronteerd met een huwelijks- of echtscheidingsrecht dat een ongelijkheid tussen de echtgenoten inhoudt, moet corrigerend naar gelijkheid toe worden opgetreden²²

3° De tempering van de door de conflictenregel opgelegde materieelrechtelijke ongelijkheid door de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde

27. Zoals hierboven reeds bij herhaling is gesteld, dankt het I.P.R. zijn bestaan aan de vooropstelling dat de inmening van een vreemd gegeven in de situatie (principeel) de oorzaak is van een ongelijkheid, die oplegt/rechtvaardigt dat bepaalde sociale relaties onder de toepassing vallen van verschillende materiaalrechtelijke normen en dus onderling ongelijke subjectieve rechten inhouden. Het I.P.R. vooronder-

²⁰ Rekening houdend met wat hierbij wordt besproken, valt te betwijfelen of de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel het bij het rechte eind had toen ze in haar vonnis van 26 februari 1988, (*T. Vreemd.*, 1988, nr. 51, p. 14, met noot) de eenzijdigheid van de onderhoudsplicht in het Marokkaanse huwelijksrecht niet strijdig achtte met de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde.

²¹ Men denke hierbij opnieuw aan ons internationaal echtscheidingsrecht, dat onmiskenbaar onverenigbaar is met art. 23, lid 4, BUPO.

²² Hoe een dergelijke correctie naar gelijkheid toe praktisch moet gebeuren, is niet steeds zo duidelijk. Onderstel bv. dat het door de verwijzingsregels als toepasselijk aangewezen nationale recht seksuele getrouweheid oplegt aan de vrouw, maar niet aan de man. Moet de «gelijkheid» dan verwezenlijkt worden door de seksuele trouw ook op te leggen aan de man, dan wel door ook de vrouw ervan te ontslaan? Moet, wanneer slechts één van beide echtgenoten de mogelijkheid tot echtscheiding heeft, de gelijkheid worden bereikt door aan beiden die mogelijkheid te geven of door ze aan beiden te ontslaan? Of, nog verdergaand, zou men zich kunnen afvragen of een polygynie moet worden gecorrigeerd door polyandrie eveneens toe te laten, dan wel door de oplegging van wederzijdse monogamie enz.

¹⁹ Men denke hierbij aan de ongelijkheden waartoe het Belgische internationale echtscheidingsrecht aanleiding geeft; zie hierboven nrs. 12 t/m 17.

stelt aldus de aanvaarding van het vreemde, van wat anders, wat ongelijk is.

Zo echter de ongelijkheid aldus wel principieel wordt aanvaard, betekent dit nog niet dat ze ook in al haar consequenties wordt (kan worden) aanvaard. Naarmate de concrete ongelijkheid tegenover «ons model» groter wordt, wordt die ongelijkheid minder getolereerd om vanaf een bepaalde grens te worden geweerd. Het vreemde mag niet al te vreemd zijn.

Het «afweermecanisme» dat dan in werking treedt, is dat van de (Belgische) internationaal privaatrechtelijke openbare orde. De aanwending ervan maakt het te verregaand ongelijke meer gelijk, zodat het aanvaardbaar wordt.

28. In zijn arrest van 4 mei 1950²³ besliste het Hof van Cassatie «dat een wet van innerlijke (interne) openbare orde slechts van internationaal-private openbare orde is voor zoveel de wetgever door de bepalingen van die wet een principe heeft willen huldigen dat hij als hoofdzakelijk voor de gevestigde zedelijke, politieke of economische order beschouwt» en «dat dergelijke wet de toepassing moet weren van elke ermee strijdige regel»²⁴.

Het gelijkheidsbeginsel is zeker een principe geworden dat de «wetgever» als hoofdzakelijk voor de gevestigde zedelijke en politieke orde beschouwt.

Zonder dat daarom een precieze bepaling moet kunnen worden aangewezen die «de gelijkheid» in de betrokken situatie oplegt, is het zo dat de normen die geroepen zijn ze te beheersen, de gelijkheidsregels moeten eerbiedigen.

Dus wanneer, krachtens onze conflictenregel, vreemde materieelrechtelijke normen moeten worden toegepast, moet hun toepassing worden geweerd wanneer ze een schending inhouden van de gelijkheidsregel.

Slotbeschouwing

29. Het I.P.R. is de tak van een rechtssysteem waardoor dit laatste zich openstelt voor het vreemde, het andere, het ongelijke.

De futiele, subtiële, soms perfide (ideologiserende) rol van een regel als die van de gelijkheid voor de wet, kan moeilijk beter worden geïllustreerd dan aan de hand van de gelijkheid voor de verwijzingsregel. Deze gelijkheid (bv. ten aanzien van iedere persoon zijn nationale wet), moet precies materieelrechtelijke ongelijkheid waarborgen.

30. Tegelijkertijd moet men echter vaststellen dat de aanvaarde ongelijkheid niet fundamenteel mag zijn.

Ons rechtssysteem, waarvan het I.P.R. i.z. personen- en familierecht principieel de openstelling voor cultuurpluralisme inhoudt, bevat sterke remmen tegen dat pluralisme.

Een voorbeeld daarvan is de oplegging van de gelijkheid van een ieder t.a.v. de mensenrechten, de fundamentele

rechten. De mensenrechten moeten universeel worden waargemaakt. De staten die ze in hun internationaal-politiek banier dragen, «rechtvaardigen» (onmenselijk) geweld door zich te beroepen op hun inzet voor de (universele eerbiediging) van «de» mensenrechten.

Maar zijn die mensenrechten niet enkel «onze» mensenrechten? Zijn ze niet hoofdzakelijk de uitdrukking van waarden van de noord-westerse cultuur; zijn het geen rechten van de westerse mens of, beter, van wat de westerse cultuur van «de» mens heeft gemaakt (tot het uiterste gedreven individualisme)? Dringen we, door «onze» mensenrechten, niet onze cultuur op aan andere culturen? Is m.a.w. de strijd voor de gelijkheid t.a.v. «de» mensenrechten, waarvoor het cultuurpluralisme van het I.P.R. moet wijken, geen cultuur-imperialistische strijd?

En is de westerse cultuur niet de cultuur van de kapitalistische maatschappij? Is hij geen bovenbouw van het westerse economische systeem; van een systeem waarin sociale ongelijkheid wezenlijk is ingebouwd en dat deze sociale ongelijkheid steeds reproduceert?

Is de strijd voor de mensenrechten aldus geen ideologische rechtvaardiging voor het bestaande westers economisch imperialisme en een ideologiserende voorbereiding op de uitbreiding en universele vestiging ervan?

Dat uiteindelijk de economische «waarden» bepalend zijn, kan (misschien) hieruit blijken dat, indien het westers economisch imperialisme maar wordt aanvaard, we ons weinig gelegen laten aan de «vreemde cultuur» en de ontstentis daarin van «onze» mensenrechten (bv. «onze» cultuur, «onze» beschaving bijgebracht in «onze» vroegere kolonies, waar het allemaal goed was toen ze nog «onze» kolonies waren).

Zelfs wanneer men niet zo wrang is, kan men er moeilijk onderuit te onderkennen en te erkennen dat de mensenrechtendoctrine minstens door een grote mate van ethocentrisme is bepaald.

31. Wanneer men rekening houdt met de bovenstaande bedenkingen, krijgt men enige verwondering of zelfs argwaan bij de vaststelling van het belang dat wordt gehecht aan de regel van de gelijkheid voor de wet (in het I.P.R.).

Dat is des te meer het geval wanneer men weet dat ook de gelijkheid voor de materiële wet volledig verzoenbaar is met de meest schrijnende sociaal-economische ongelijkheden, ja, dat ze er zonder problemen toe kan bijdragen deze ongelijkheden in stand te houden.

Men mag gerust stellen dat, indien nationaal of op het wereldvlak ooit een grotere sociale gelijkheid zal worden bereikt, dit zeker niet zal gebeuren dankzij de idealistische aanpak met de gelijkheid voor de wet als wapen. De sociale ongelijkheden moeten in hun eigen basis worden bestreden; en die basis zit in het economische systeem, niet in de normen van het rechtssysteem.

A. HEYVAERT

²³ Cass., 4 mei 1950, *Pas.*, 1950, I, 624, *Arr. Verbr.*, 1950, 557; *R.W.*, 1950-51, 11.

²⁴ Het valt buiten het bestek van deze verhandeling de stentelgheid aan te tonen van deze begripsomschrijving, die door het Hof van Cassatie nog steeds wordt gehandhaafd.

DE GELIJKHEID IN HET FISCAAL RECHT

1. Blijkens artikel 112, eerste lid, Gw. kunnen inzake belastingen geen voorrechten worden ingevoerd. Deze bepaling is niet meer dan een precisering of bijzondere toepassing van het in artikel 6 Gw. geformuleerde algemene beginsel naar luid waarvan de Belgen gelijk zijn voor de wet ¹.

Het verbod om fiscale voorrechten in te voeren en, meer algemeen, de gelijkheid voor de belasting gelden voor alle overheden die tot belastingheffing bevoegd zijn, met inbegrip van de wetgever. Tot voor kort vond men er in de rechtspraak echter alleen toepassingen van in verband met provinciale en gemeentelijke belastingen, omdat in België werd aangenomen dat de wet niet aan de Grondwet mocht worden getoetst ². Met betrekking tot de wetgeving speelde het gelijkheidsbeginsel alleen een rol in de politieke discussie en in de adviezen van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State vóór de totstandkoming van de wet ³. Daar is met de laatste grondwetsherziening een gevoelige verandering in gekomen.

Op basis van het nieuwe artikel 107ter, § 2, Gw. is het Arbitragehof nu ook bevoegd om uitspraak te doen op beroepen tot vernietiging van een wet, een decreet of een in artikel 26bis Gw. bedoelde regel wegens schending van artikel 6 Gw. En indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen voor een ander rechtscollege, dan moet dit college, behoudens uitzonderingen, het Arbitragehof verzoeken op deze vraag uitspraak te doen; die uitspraak is bindend (art. 265 en 28, Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof). Ofschoon artikel 112, eerste lid, Gw. niet in deze nieuwe teksten wordt vermeld, werd toch van meet af aan aangenomen dat de controle van het Arbitragehof zich ook tot die bepaling uitstreckte, omdat zij slechts een toepassing van artikel 6 Gw. is ⁴. De recente rechtspraak van het Arbitragehof heeft die opvatting bevestigd ⁵.

2. Dit betekent dat sedert de laatste grondwetsherziening elke fiscale wet en elk fiscaal decreet door het Arbitragehof kan worden getoetst aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel. De praktische draagwijdte daarvan kan niet anders dan aanzienlijk zijn, want de laatste jaren werden nog maar zelden fiscale wetten aangenomen zonder dat de Raad van State in zijn advies een of andere schending van het gelijkheidsbeginsel moest aanwijzen. Welke beperkingen deze

toetsingsbevoegdheid aan, vooral, de wetgever oplegt, en welke bescherming de belastingplichtige eraan ontleent, is afhankelijk van de inhoud die aan het gelijkheidsbeginsel wordt gegeven, van de manier van toetsen en van praktische haalbaarheidsfactoren. Om deze vragen te beantwoorden moet in de eerste plaats worden nagegaan hoe de bestaande rechtspraak en doctrine het beginsel van de gelijkheid voor de belasting hebben ingevuld. De rechtspraak van het Arbitragehof in fiscale zaken is nog schaars, maar blijkt toch reeds een onuitwisbaar stempel te hebben gedrukt op de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State.

I. Inhoud van het gelijkheidsbeginsel

3. De inhoudsbepaling van het gelijkheidsbeginsel heeft een hele evolutie doorgemaakt, die thans in de rechtspraak tot een eindpunt schijnt te zijn gekomen.

Tot het einde van de zestiger jaren heeft het Hof van Cassatie steeds aanvaard dat aan het beginsel van de gelijkheid voor de belasting was voldaan wanneer allen die in dezelfde feitelijke omstandigheden verkeerden, op dezelfde wijze werden belast ⁶. Voldoende was bijgevolg dat de normatieve akte die de belasting invoerde, een algemeen karakter had: de belasting, de vrijstellingen en de verminderingen moesten gewoon door algemene rechtsregels worden vastgesteld ⁷. Op basis van dit criterium was het niet moeilijk te beslissen dat een belasting die in feite maar één, zelfs vooraf bekende belastingplichtige trof, niet ongrondwettig was, zodra zij in beginsel ook toepasselijk was op alle anderen die in dezelfde toestand zouden komen te staan ⁸. Het aannemen van een schending van het gelijkheidsbeginsel zou al vereist hebben dat uit de tekst van de normatieve akte, uit haar motivering of uit bewezen feiten bleek dat de belastingheffende overheid de bedoeling had een bepaalde belastingplichtige persoonlijk te treffen, met uitsluiting van alle anderen ⁹. Dit criterium van het gelijkheidsbeginsel werd oorspronkelijk door de Raad van State ongewijzigd overgenomen ¹⁰. In heel deze periode was er slechts één arrest van het Hof van Cassatie, waarin een ander geluid te horen viel en waarin een gemeentelijke belastingverordening als strijdig met het gelijkheidsbeginsel werd beschouwd omdat het tussen de belastingplichtigen gemaakte onderscheid willekeurig was ¹¹.

Zo dadelijk zal blijken dat de inhoudsbepaling van het gelijkheidsbeginsel ondertussen grondig veranderd is. Daarom lijkt het niet onnuttig er alvast op te wijzen dat men zeer

¹ Arbitragehof, 4 juli 1991, nr. 20/91, *B.S.*, 22 augustus 1991, (18088), 18091, B.3, *F.J.F.*, 1991, nr. 91/142.

² VAN HOUTTE, J., *Beginnelsen van het Belgisch belastingrecht*, Gent, Story, 1979, nr. 152; VANISTENDAEL, F., «De rechtsbescherming van de belastingplichtige onder de Belgische Grondwet: het gelijkheidsbeginsel», in *Liber Amicorum A. Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, p. 384.

³ Cf. VANISTENDAEL, F., *l.c.*, p. 385.

⁴ ALEN, A. en SEUTIN, B., «De staatsrechtelijke verdeling van fiscale bevoegdheden», in *Actuele problemen van fiscaal recht*, STORME, M. en VAN CROMBRUGGE, S., (red.), Antwerpen, Kluwer, 1989, pp. 345-346; VAN CROMBRUGGE, S., *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Kalmthout, Biblo, 1989, nr. 21.

⁵ Arbitragehof, 4 juli 1991, nr. 20/91, *B.S.*, 22 augustus 1991, (18088), 18091, B.3; Arbitragehof, 10 oktober 1991, nr. 24/91, *B.S.*, 25 oktober 1991, (24002), 24008, B.1.2.

⁶ Cass., 29 oktober 1968, *Rev.Fisc.*, 1969, 520.

⁷ KIRKPATRICK, J., «L'égalité devant l'impôt en droit belge», in *L'égalité*, Travaux du Centre de Philosophie de Droit de l'Université Libre de Bruxelles, Brussel, Bruylant, 1975, pp. 15 en 26.

⁸ Cass., 20 februari 1958, *Pas.*, 1958, I, 675.

⁹ Cass., 17 oktober 1939, *Pas.*, 1939, I, 425; TIBERGHIE, A., *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, nr. 170, p. 119.

¹⁰ R.v.St., 9 december 1949, *Pas.*, 1950, IV, 65.

¹¹ Cass., 15 juni 1893, *Pas.*, 1893, I, 260.

voorzichtig moet zijn met het naar de toekomst extrapoleren van oplossingen die nog uit de oude rechtspraak zouden worden gehaald ¹².

4. Het door het Hof van Cassatie en oorspronkelijk ook door de Raad van State gehanteerde criterium van de gelijke feitelijke omstandigheden werd door de rechtsleer scherp bekritiseerd. Het stelde bijzonder weinig voor. Men wees erop dat het niet eens verhinderde dat een belasting uitsluitend zou worden opgelegd aan volstrekt willekeurig gekozen categorieën van belastingplichtigen, zoals alle personen wier naam met een bepaalde letter begint, mits er binnen elke categorie maar gelijkheid heerste ¹³.

De Raad van State was de eerste om zijn rechtspraak te veranderen ¹⁴. Het Hof van Cassatie volgde in 1973 in niet-fiscale zaken ¹⁵ en in 1975 in fiscale zaken ¹⁶. Vanaf dan heet het dat het beginsel van de gelijkheid voor de belasting impliceert dat allen die zich in dezelfde toestand bevinden, op dezelfde wijze belast worden, maar dat het niet verbiedt dat, rekening houdend met de aard en het doel van de belasting, zekere categorieën van personen vrijgesteld worden. Er is een schending van het gelijkheidsbeginsel wanneer het tussen belastingplichtigen gemaakte onderscheid willekeurig is, doordat het niet wordt verantwoord door de aard en het doel van de belasting.

5. In de tachtiger jaren heeft het Hof van Cassatie dan de exclusieve verwijzing naar de aard en het doel van de belasting ter verantwoording van differentiaties opgegeven. De regel van de gelijkheid van allen voor de belasting sluit niet uit dat een onderscheid wordt gemaakt voor bepaalde categorieën van personen, mits dit onderscheid niet willekeurig is, dit wil zeggen kan worden verantwoord; zulks houdt niet in dat het onderscheid tussen categorieën belastingplichtigen alleen maar kan worden verantwoord indien het verband houdt met de aard en het doel van de belasting ¹⁷. Een arrest wekt de indruk dat het voldoende is dat het onderscheidscriterium objectief en onpersoonlijk is ¹⁸. De Raad van State heeft daarentegen blijvend vastgehouden aan de aard en het doel van de belasting als enige rechtvaardigingselementen van een differentiatie: de maatstaven die voor het maken van een onderscheid worden aangelegd, moeten objectief zijn en in verhouding staan tot de aard van de belasting en het doel dat ermee moet kunnen worden bereikt ¹⁹.

6. De finale van heel deze ontwikkeling is ingeluid door de rechtspraak van het Arbitragehof, waarbij zowel het Hof van Cassatie als de Raad van State zich vrijwel onmiddellijk hebben aangesloten. Het gelijkheidsbeginsel wordt thans door de drie hoogste rechtscolleges in ons land op nagenoeg

gelijkluidende wijze omschreven. De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschillende fiscale behandeling wordt ingesteld ten aanzien van bepaalde categorieën van personen, voor zover daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het al of niet bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden getoetst aan het doel en de gevolgen van de ingestelde maatregel. Het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel ²⁰. De meest recente rechtspraak van het Arbitragehof voegt daar nog aan toe dat het bestaan van de objectieve en redelijke verantwoording voor het onderscheid tussen categorieën van belastingplichtigen ook moet worden getoetst aan de aard van de in het geding zijnde beginselen ²¹. In fiscale zaken beoogt het Hof hiermee ongetwijfeld een toetsing aan de aard van de belasting en van de fiscaalrechtelijke regels die de belasting hebben ingevoerd.

In één arrest wordt van de toetsing aan het doel, de gevolgen en de aard van de belasting geen gewag gemaakt en wordt nog alleen gezegd dat voor het criterium van onderscheid tussen belastingplichtigen een objectieve en redelijke verantwoording moet bestaan ²². Maar het is wel zeker dat dit arrest geen ommekeer in 's Hof's rechtspraak betekent. *In casu* moest het Hof een verdragsrechtelijke regeling toetsen aan artikel 6 Gw. Dat verklaart wellicht de grotere terughoudendheid.

In de rechtsleer werd vastgesteld dat het Arbitragehof bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet overgaat tot een vergelijkbaarheidstoets ²³. Dat wordt door de meest recente rechtspraak van het Hof niet meer bevestigd. Maar de context is wel bijzonder. In één arrest beslist het Hof, na de bovenstaande algemene formulering van het gelijkheidsbeginsel te hebben herhaald, dat eerst moet worden onderzocht of de categorieën van personen ten aanzien van wie een ongelijkheid wordt aangevoerd, wel kunnen worden vergeleken ²⁴. In deze zaak werd een discriminatie aangevoerd tussen belastingplichtigen die onderworpen zijn aan de belasting op automatische ontspanningstoestellen en belastingplichtigen die onderworpen zijn aan de belasting op spelen en weddenschappen. Het Hof achtte hen onvoldoende vergelijkbaar om een schending van het gelijkheidsbeginsel aan te nemen. In twee andere arresten stelt het Hof vast dat het aan de belastingheffende overheid toekomt om te oordelen of het opportuun is de verschillende categorieën van personen die potentieel binnen het toepassingsgebied van de belasting komen, aan die belasting te onderwerpen of te beslissen slechts één van die categorieën eraan te onderwer-

¹² Zie bijvoorbeeld het overzicht bij TIBERGHEN, A., o.c., nr. 170.

¹³ DELACROIX, Y., *Les taxes communales*, Brussel, Larcier, 1941, nrs. 101-102; KIRKPATRICK, J., l.c., p. 18-19, nr. 7; MAST, A., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story, 1975, nr. 452; MEES, K., *Gemeentebelastingen*, Administratief Lexicon, 1960, nr. 18.

¹⁴ R.v.St., 9 juni 1964, *Arr. R.v.St.*, 1964, 571.

¹⁵ Cass., 24 januari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 533; Cass., 2 mei 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 836; Cass., 9 mei 1973, *Pas.*, 1973, I, 825.

¹⁶ Cass., 20 november 1975, *Pas.*, 1976, I, 347.

¹⁷ Cass., 21 december 1982, *R.W.*, 1982-83, 1810; Cass., 6 februari 1987, *Alg. Fisc. T.*, 1987, 232.

¹⁸ Cass., 26 januari 1989, *F.J.F.*, 1989, nr. 89/73.

¹⁹ R.v.St., 20 juni 1989, *F.J.F.*, 1990, nr. 90/49.

²⁰ Arbitragehof, 13 juli 1989, nr. 21/89; Arbitragehof, 7 maart 1991, *F.J.F.*, 1991, nr. 91/52; Cass., 5 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 328; R.v.St., 25 april 1990, nr. 42.102, *F.J.F.*, 1990, nr. 90/118.

²¹ Arbitragehof, 13 juni 1991, nr. 16/91, *F.J.F.*, 1991, nr. 91/143; Arbitragehof, 4 juli 1991, nr. 20/91, *B.S.*, 22 augustus 1991, 18088; *F.J.F.*, 1991, nr. 91/142; Arbitragehof, 14 november 1991, nr. 33/91, *B.S.*, 4 december 1991, (27204), 27208, 4.B.3.1; Arbitragehof, 21 november 1991, nr. 34/91, *B.S.*, 14 december 1991, 28241.

²² Arbitragehof, 16 oktober 1991, nr. 26/91, *B.S.*, 23 november 1991, 26325.

²³ DE RIDDER, P., «De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof», *R.W.*, 1990-91, p. 481 e.v.

²⁴ Arbitragehof, 7 maart 1991, *F.J.F.*, 1991, nr. 91/52.

pen. Daarbij vermag de overheid evenwel niet de draagwijdte van de artikelen 6 en 6bis Gw. te miskennen, door een bepaalde categorie van personen op discriminerende wijze te behandelen ten opzichte van met hen vergelijkbare categorieën²⁵. Het grondig verschil tussen de diverse categorieën kan het verschil in behandeling op objectieve wijze verantwoorden²⁶. In het laatste arrest wordt beslist dat aan een van de categorieën geen onevenredige last mag worden opgelegd²⁷. Het is niet duidelijk of die voorwaarde geldt ingeval de categorieën niet vergelijkbaar zijn of ingeval zij dat wel zijn. Wij zouden suggereren dat deze voorwaarde moet worden toegepast ingeval de betrokken categorieën niet vergelijkbaar zijn. Zijn ze wel vergelijkbaar dan zou uit de vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie toch moeten worden overgehouden dat *sowieso* een schending van het gelijkheidsbeginsel moet worden aangenomen²⁸. In elk van deze drie arresten ging het erom te weten of bepaalde belastingen wel *überhaupt* alleen aan bepaalde categorieën van personen mochten worden opgelegd. De invoering van de belasting zelf creëerde m.a.w. het onderscheid. Klaarblijkelijk moet in dergelijke gevallen uit het oogpunt van de doelstelling van de belasting en aan de hand van feitelijke omstandigheden worden geoordeeld of de diverse categorieën van personen wel vergelijkbaar zijn: grondige verschillen kunnen een verschil in behandeling objectief verantwoorden, mits geen onevenredige last wordt opgelegd.

7. De meeste bestanddelen van deze omschrijving van het gelijkheidsbeginsel kunnen op het theoretisch vlak het best worden ontleed en met voorbeelden toegelicht aan de hand van de rechtspraak van het Arbitragehof en de recente rechtsleer. Deze analyse doet dan meteen de verschillende knelpunten aan het licht komen.

Objectieve en redelijke verantwoording

8. Het vereiste van een objectieve en redelijke verantwoording van het onderscheid dat de belastingheffende overheid tussen verschillende categorieën van personen maakt, is eigenlijk de positieve formulering van het verbod van willekeur. Dat het gelijkheidsbeginsel aldus onmiddellijk wordt betrokken op de objectiviteit en redelijkheid van het onderscheidingscriterium, maakt het meteen overbodig dat tot enige vergelijkbaarheidstoets wordt overgegaan²⁹. Objectiviteit betekent dat het onderscheidingscriterium moet steunen op vaststelbare feiten en niet op gevoelens of vooroordelen. Dit impliceert uiteraard ook dat het criterium kenbaar is³⁰. Op de betekenis van de redelijkheidsvereiste

wordt zo dadelijk teruggekomen, bij de behandeling van de beoordelingsmacht³¹.

Het al of niet bestaan van een objectieve en redelijke verantwoording voor een onderscheid tussen categorieën van personen moet worden beoordeeld aan de hand van het doel, de gevolgen en de aard van de belasting. Volgens de recente rechtsleer mag daaruit niet worden afgeleid dat het doel, de aard en het voorwerp van de belasting op zichzelf onaantastbaar zijn en niet aan het gelijkheidsbeginsel kunnen worden getoetst: ook bij het bepalen van de feiten waarop een belasting zal worden ingevoerd, zou de overheid blijken moeten geven van een in objectiviteit en redelijkheid verantwoorde keuze³². De rechtspraak is op dit punt vatbaar voor uiteenlopende interpretaties. De Raad van State besliste onlangs tot onverenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel van een jaarlijkse gemeentebelasting op de voor het publiek toegankelijke bankfilialen die enkel toepasselijk was op de banken die voorkwamen op de door de Bankcommissie vastgestelde lijst der banken en niet op andere spaar- en kredietinstellingen, omdat geen kennelijk verband was aangetoond tussen de aard en het doel van de belasting en de al of niet inschrijving op de lijst van de Bankcommissie³³. In dezelfde zin besliste het Hof van Cassatie tot de onverenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel van een provinciale belasting met louter algemeen financieel doel, op basis van de benutte oppervlakte, die enkel van toepassing was op economische entiteiten met rechtspersoonlijkheid en niet op economische entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid³⁴. Men kan verder verwijzen naar de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Arbitragehof, die het onderwerpen van slechts één of enkele categorieën van personen aan een bepaalde belasting afhankelijk maakt van een vergelijkbaarheidstoets: grondige verschillen kunnen een verschil in behandeling objectief verantwoorden, mits geen onevenredige last wordt opgelegd³⁵. Deze rechtspraak laat niet veel ruimte voor het gelijkheidsbeginsel. Ook zou kunnen worden verwezen naar de rechtspraak die de principiële geldigheid en verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel van gemeentelijke verhaalbelastingen aanvaardde³⁶ en naar oude rechtspraak van het Hof van Cassatie, luidens welke gemeentebelastingen die uitsluitend de inwoners van bepaalde wijken of uitsluitend nieuw gebouwde eigendommen troffen, perfect verenigbaar waren met het gelijkheidsbeginsel³⁷. Ongetwijfeld zal de traditie bij dit alles een belangrijke rol spelen. Dat een gemeente belasting heft op honden en niet op katten, op poorten en niet op deuren, is nu eenmaal gebruikelijk geworden. Weinigen kijken daar nog van op en zullen er een procedure wegens schending van het gelijkheidsbeginsel voor beginnen.

²⁵ Arbitragehof, 10 oktober 1991, nr. 24/91, B.S., 25 oktober 1991, (24002), 24008, B.2.3; Arbitragehof, 14 november 1991, nr. 32/91, B.S., 28 november 1991, (26667), 26674, 5.B.2.1.2.

²⁶ Arbitragehof, 10 oktober 1991, nr. 24/91, B.S., 25 oktober 1991, (24002), 24008, B.2.4.

²⁷ Arbitragehof, 14 november 1991, nr. 32/91, B.S., 28 november 1991, (26667), 26674, 5.B.2.1.3.

²⁸ Cf. VAN HOUTTE, J., o.c., nr. 149.

²⁹ GHYSELS, J., «Het Arbitragehof, hoeksteen van de fiscale rechtsstaat», in *Fiscaliteit 2000*, Antwerpen, De Financieel Economische Tijd, 1991, p. 153.

³⁰ VAN HEUVEN, D., «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», R.W., 1990-91, 588.

³¹ Cf. *infra*, nr. 13.

³² VANISTENDAEL, F., l.c., p. 391-393.

³³ R.v.St., 20 juni 1989, nr. 32.769, F.J.F., 1990, nr. 90/49.

³⁴ Cass., 5 oktober 1990, R.W., 1990-91, 328.

³⁵ Cf. *supra*, nr. 6 in fine.

³⁶ Zie daarover VAN CROMBRUGGE, S., «De gemeentelijke verhaalbelastingen inzake de wegen», T.Not., 1984, 104-107.

³⁷ Cass., 8 juli 1842, Pas., 1842, I, 342; Cass., 18 mei 1869, Pas., 1869, I, 415.

Doel en gevolgen van de belasting

9. De redelijke en objectieve verantwoording van het onderscheidingscriterium moet in de eerste plaats worden getoetst aan het doel en de gevolgen van de belasting. De verwijzing naar de gevolgen is nieuw. Zij kwam in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State niet voor. Wellicht onderscheidt zij zich in de meeste gevallen nauwelijks van de verwijzing naar het doel en maakt zij het mogelijk het werkelijke doel juist te vatten. Zo werd de wetsbepaling tot bekrachtiging van het door de Raad van State geschorste koninklijk besluit betreffende de bedrijfsvoorheffing vernietigd, omdat zij tot doel en dus meteen ook tot gevolg had een categorie van burgers te beroven van een essentiële jurisdictionele waarborg die op alle burgers toepasselijk is ³⁸. De gevolgen van de belasting speelden wel een primordiale rol in het arrest dat de artikelen 149 en 150 W.I.B. heeft vernietigd in zoverre de niet-verblijfhoudende Belgische pensioengerechtigden die geen tehuis in België hebben behouden, belast worden conform de paragrafen 1 van die twee artikelen ³⁹. Het Hof moest aan de hand van cijfermateriaal vaststellen dat deze bepalingen voor de betrokken categorie van personen, ondanks hun doel, discriminerende gevolgen hadden en leidden tot een belasting die de draagkracht van de betrokkenen te boven ging.

De rechtspraak van het Arbitragehof leert dat het doel van een aangevochten maatregel steeds nauwkeurig wordt onderzocht en geprojecteerd op het gehanteerde onderscheidingscriterium. Zo wordt de bedoeling om oneigenlijk gebruik tegen te gaan, fraude te voorkomen of dubbele vrijstellingen te verhinderen, nuttig ingeroepen om bijzondere maatregelen ten aanzien van objectief bepaalde risicogroepen te verantwoorden ⁴⁰. Het is echter niet noodzakelijk de evenredigheid tussen het bestreden oneigenlijk gebruik en de genomen maatregel af te wegen, wanneer de bestrijding van oneigenlijk gebruik niet het hoofddoel van de maatregel is ⁴¹. Het hoofddoel van een belastingregeling zal er veelal eenvoudig in bestaan de Schatkist te stijven en daartoe verschillende categorieën van belastingplichtigen aan te spreken in verhouding tot hun onderscheiden inkomens- en vermogenstoestand. Om redenen van doeltreffendheid en administratieve toepassingskosten kan de indeling in categorieën slechts op een vereenvoudigende en benaderende wijze met de werkelijkheid overeenstemmen ⁴².

Het meestal doorwegen van de financiële doelstelling van de belasting maakt van de omvang van een exploitatie of inkomen in het algemeen een objectief onderscheidingscriterium, dat in redelijk verband staat tot die doelstelling. Hetzelfde geldt voor de progressiviteit van de belasting. Deze principes vindt men thans uitdrukkelijk in de rechtspraak

van het Arbitragehof ⁴³. Zij worden trouwens in de rechtsleer niet betwist ⁴⁴. Ook de plaats waar een natuurlijk persoon zijn hoofdverblijf heeft, wordt door het Hof beschouwd als een objectief criterium, dat in voldoende verband staat met het financiële doel van de belasting. Maar de opgelegde last mag niet onevenredig zijn met dat doel ⁴⁵.

10. Van het doel van de belasting als toetssteen van het objectief en redelijk verantwoordingscriterium voor een differentiatie wordt meestal gezegd dat het aan het algemeen belang moet beantwoorden en een geoorloofd karakter moet hebben ⁴⁶. Dit brengt ons bij het sinds lang bestaande knelpunt van de nevendoelinden die met belastingen worden nagestreefd. Kunnen nevendoelinden van economische, sociale, esthetische of milieu-hygiënische aard valabele onderscheidingscriteria opleveren? Mag de belastingheffende overheid *überhaupt* dergelijke doeleinden nastreven?

Op het niveau van de wetgever werd een bevestigend antwoord op deze vragen eigenlijk nooit ernstig betwijfeld. Uit juridisch oogpunt mag de wetgever, gelet op zijn fiscale autonomie ⁴⁷, met belastingen alle nevendoelinden nastreven, die hem door de Grondwet en internationale verdragen niet worden verboden. In fiscaal opzicht mag hij zelfs het terrein van de Gemeenschappen en Gewesten betreden. De wetgever kan immers belastingen instellen op materies die reeds het voorwerp uitmaken van een belasting van de Gemeenschappen of de Gewesten, en kan zelfs belastingen van de Gemeenschappen en Gewesten afschaffen ⁴⁸. Wie het meerdere kan, kan ook het mindere.

Op het niveau van de gemeenten is de kwestie van de nevendoelinden aan de hand waarvan een onderscheid tussen belastingplichtigen zou worden gemaakt, daarentegen omstreden. Het Hof van Cassatie besliste destijds dat geen enkele wet de gemeenten verbiedt met de invoering van belastingen doeleinden van openbare moraliteit na te streven ⁴⁹. Dat kan uiteraard worden uitgebreid tot andere nevendoelinden. De heersende rechtsleer blijkt in dezelfde zin gevestigd te zijn ⁵⁰. Het Hof van Beroep te Luik aanvaardde als verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel, het onderscheid dat de stad Luik bij het belasten van parkeerplaatsen maakte tussen betalende openluchtparkeerplaatsen die geen deel uitmaakten van een geheel dat meerdere verdiepingen telde, en andere. Dat onderscheid was ingegeven

⁴³ Arbitragehof, 14 november 1991, nr. 33/91, *B.S.*, 4 december 1991, (27204), 27207, 3.B.2.

⁴⁴ VAN HOUTTE, J., *o.c.*, nr. 149.

⁴⁵ Arbitragehof, 14 november 1991, nr. 33/91, *B.S.*, 4 december 1991, (27204), 27208, 4.B.3.1.

⁴⁶ GHYSELS, J., *l.c.*, p. 154-158; VAN HEUVEN, D., *l.c.*, p. 588.

⁴⁷ VAN CROMBRUGGE, S., *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Kalmthout, Biblo, 1989, nr. 20.

⁴⁸ Cf. Arbitragehof, 25 februari 1988, nr. 47/88, *R.W.*, 1987-88, 1311; AMERJCKX, F., «Eigen fiscaliteit van de Gemeenschappen en de Gewesten», in *Réflexions offertes à P. Sibille*, Brussel, Bruylant, 1981, pp. 25 en 28; VANDERVEEREN, C., «Over leefmilieu en fiscaliteit in het raam van de economische en monetaire unie», *R.W.*, 1988-89, 354.

⁴⁹ Cass., 19 oktober 1896, *Pas.*, 1896, I, 287.

⁵⁰ Cf. MAST, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Gent, Story, 1984, nr. 354; cf. SCHREUDER, E., «L'impôt communal et ses lois», *J.D.F.*, 1980, 8; VAN HOUTTE, J., *o.c.*, nr. 27; VAN BOL, J.M.R., *Tout savoir sur la commune*, Brussel, 1988, p. 82.

³⁸ Arbitragehof, 13 juni 1991, nr. 16/91, *F.J.F.*, 1991, nr. 91/143.

³⁹ Arbitragehof, 21 november 1991, nr. 34/91, *B.S.*, 14 december 1991, 28241.

⁴⁰ Arbitragehof, 16 oktober 1991, nr. 26/91, *B.S.*, 23 november 1991, 26325; cf. Arbitragehof, 21 november 1991, nr. 34/91, *B.S.*, 14 december 1991, (28241), 28245, 2.B.4-5.

⁴¹ Arbitragehof, 4 juli 1991, nr. 20/91, *B.S.*, 22 augustus 1991, (18088), B.10, al. 2; *F.J.F.*, 1991, nt. 91/142.

⁴² *Ibidem*, B.10, al. 1.

door milieu-overwegingen: het aanleggen van betalende openluchtparkeerruimten betekende een aantasting van het milieu. De vrijstelling van parkeerruimten in gebouwen was afhankelijk van de naleving van de stedenbouwkundige normen, hetgeen precies de vrijstelling verantwoordde. Het gemaakte onderscheid werd geacht in overeenstemming te zijn met de aard en het doel van de belastingverordening. De opwerping dat de gemeenten geen bevoegdheid hebben inzake milieubeleid, werd afgewezen. De stad Luik heeft enkel haar fiscale bevoegdheid uitgeoefend met betrekking tot economische activiteiten die zij nadelig acht voor het milieu⁵¹. De Raad van State is een andere mening toegedaan: de gemeenteoverheid vindt in haar fiscale autonomie niet het recht om een bepaald wettig geacht gebruik van het eigendomsrecht, dat haar om sociale redenen ongewenst voorkomt, om die redenen met fiscale middelen tegen te gaan⁵². Ook deze opvatting heeft aanhangers in de rechtsleer⁵³. Onze voorkeur gaat uit naar de eerste opvatting. Zij strookt het best met het principe van de fiscale autonomie van de gemeenten⁵⁴.

De Gemeenschappen en de Gewesten beschikken theoretisch niet over zoveel speelruimte om nevendoeleinden van belastingen als onderscheidingscriteria te gebruiken. Zij genieten immers geen fiscale autonomie⁵⁵. Alleen doeleinden die zij grondwettelijk ook rechtstreeks kunnen nastreven, lijken derhalve als geoorloofde nevendoeleinden van belastingen in aanmerking te komen.

Aard van de belasting

11. Uit de rechtspraak komen niet meteen duidelijke gevallen te voorschijn, waarin uitdrukkelijk en afzonderlijk werd gesteund op de aard van de belasting om een onderscheidingscriterium al dan niet als objectief en redelijk verantwoord te beschouwen. In alle arresten komt steeds het doel van de belasting op de voorgrond. In feite zijn de aard en het doel van belastingen onafscheidelijk met elkaar verbonden. Aldus is het zowel met de aard als met het doel van een milieueffing in overeenstemming dat grote vervuilers zwaarder worden belast dan kleine vervuilers.

Evenredigheid – Marginale toetsing

12. De rechterlijke toepassing van het gelijkheidsbeginsel mondt telkens uit in een evenredigheidstoets. Dat is in de eerste plaats het geval wanneer de invoering zelf van een belasting ten laste van slechts één of enkele categorieën van personen wordt aangevochten. Het Arbitragehof begint dan met te onderzoeken of de getroffen categorie vergelijkbaar is met de niet getroffen categorieën. En bij niet vergelijkbaarheid gaat het Hof na of aan de getroffen categorie niet een onevenredige last wordt opgelegd⁵⁶. Het is in de tweede plaats het geval bij de beoordeling van de objectieve en rede-

lijke verantwoording van een onderscheidingscriterium. In de derde plaats wordt het gelijkheidsbeginsel geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel⁵⁷.

In de drie gevallen ontzegt het Arbitragehof zich telkens het recht om over de opportuniteit van de genomen maatregelen een oordeel uit te spreken. Het Hof erkent de beoordelingsvrijheid van de belastingheffende overheid. Het komt alleen aan de belastingheffende overheid toe te oordelen of het opportuun is slechts één categorie van personen aan een bepaalde belasting te onderwerpen⁵⁸. Het komt het Arbitragehof niet toe te oordelen over de opportuniteit of wenselijkheid van een differentiërende maatregel, noch na te gaan of het nagestreefde doel ook door andere maatregelen zou kunnen worden bereikt⁵⁹. Zo wordt geredelijk aangenomen dat de belastingheffende overheid een verscheidenheid aan toestanden noodzakelijkerwijze slechts kan opvangen in categorieën die maar op een vereenvoudigende en benaderende wijze met de werkelijkheid overeenstemmen. De doeltreffendheid en de administratieve toepassingskosten van de onderscheidingscriteria spelen daarbij een belangrijke rol⁶⁰. Het principe dat de rechterlijke macht zich niet over de opportuniteit van belastingreglementen heeft uit te spreken, was uiteraard ook al in de vroegere rechtspraak aanvaard⁶¹.

13. Klaarblijkelijk beperkt de rechtspraak zich bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel tot marginale toetsing⁶². Slechts een kennelijk overdreven last, een kennelijk onredelijk onderscheid en een kennelijke onevenredigheid tussen de aangewende middelen en het beoogde doel kunnen worden gesanctioneerd. In de praktijk blijkt de terughoudendheid zeer groot te zijn. Men moet vaststellen dat schendingen van het gelijkheidsbeginsel meestal slechts worden aanvaard wanneer duidelijk blijkt dat er in het geheel geen verband is tussen het gebruikte onderscheidingscriterium en het doel en de aard van de belasting of dat het gebruikte onderscheidingscriterium, gelet op zijn doel, volstrekt inadequaat is ten aanzien van een bepaalde categorie van personen. Voorbeelden van het eerste vindt men in de rechtspraak die de al of niet inschrijving op de lijst van de Bankcommissie bij de belasting van filialen van financiële instellingen beschouwde als zonder verband met het louter financiële doel van de belasting⁶³, en in de rechtspraak die het al of niet hebben van rechtspersoonlijkheid bij de belasting van economische entiteiten op basis van de benutte oppervlakte beschouwde als zonder verband met het doel van de belasting, dat erin bestond een algemene en evenredige spreiding van de belastingdruk over de bedrijven tot stand

⁵⁷ Cf. *supra*, nr. 6.

⁵⁸ Arbitragehof, 10 oktober 1991, nr. 24/91, *B.S.*, 25 oktober 1991, (24002), 24008, *B.2.3*, al. 2; Arbitragehof, 14 november 1991, nr. 32/91, *B.S.*, 28 november 1991, (26667), 26674, *5.B.2.1.2*.

⁵⁹ Arbitragehof, 4 juli 1991, nr. 20/91, *B.S.*, 22 augustus 1991, (18088), 18092, *B.10*, *F.J.F.*, 1991, nr. 91/142; Arbitragehof, 14 november 1991, nr. 33/91, *B.S.*, 4 december 1991, (27204), 27207, *3.B.1-3*.

⁶⁰ Arbitragehof, 4 juli 1991, nr. 20/91, *B.S.*, 22 augustus 1991, (18088), 18092, *B.1*, *F.J.F.*, 1991, nr. 91/142.

⁶¹ Cass., 29 oktober 1968, *Rev.Fisc.*, 1969, 520.

⁶² DE RIDDER, P., *l.c.*, p. 489; GHYSELS, J., *l.c.*, p. 153.

⁶³ R.v.St., 20 juni 1989, nr. 32.769, *F.J.F.*, 1990, nr. 90/49.

⁵¹ Luik, 2 mei 1990, *F.J.F.*, 1990, nr. 90/140.

⁵² R.v.St., 16 maart 1976, nr. 17.514, *Arr.R.v.St.*, 1976, 337.

⁵³ KIRKPATRICK, J., *l.c.*, p. 22-23.

⁵⁴ Cass., 26 september 1961, *Pas.*, 1962, I, 114; Cass., 29 oktober 1968, *Rev.Fisc.*, 1969, 520.

⁵⁵ TIBERGHEN, A., *o.c.*, nr. 369bis.

⁵⁶ Arbitragehof, 14 november 1991, nr. 32/91, *B.S.*, 28 november 1991, (26667), 26674, *5.B.2.1.3*.

te brengen⁶⁴. Ook oudere rechtspraak die de afwezigheid van elk motief voor een onderscheid aangreep om een schending van het gelijkheidsbeginsel te aanvaarden, kan hier worden aangehaald⁶⁵. Een voorbeeld van het tweede vindt men in de rechtspraak die de artikelen 149 en 150 W.I.B. vernietigd heeft in zoverre de niet-verblijfhoudende Belgische gepensioneerden die geen tehuis in België hebben behouden, belast worden conform de paragrafen 1 van die twee artikelen, omdat deze personen zich niet kunnen bevinden in de cumulatiesituatie die de wetgever blijkens de tijdens de parlementaire voorbereiding uiteengezette bedoeling wou voorkomen⁶⁶.

Soms wordt ook beslist dat het niet maken van een onderscheid tussen nochtans objectief verschillende categorieën van belastingplichtigen strijdig is met het gelijkheidsbeginsel. Zo werden gemeenteraadsbesluiten tot invoering van een belasting op de oppervlakte van mijnconcessies, ongeacht of zij al dan niet geëxploiteerd werden, door de Raad van State vernietigd in alle gevallen waarin één of meer niet meer ontgonnen of praktisch niet meer te ontginnen concessies in de gemeente gelegen waren: het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden wanneer een belastinggrondslag wordt gekozen die voor een deel van de eigenaars nog kan worden beschouwd als een waardemeter voor de belaste goederen, terwijl de belastinggrondslag voor de overige eigenaars van soortgelijke goederen in zover elke betekenis heeft verloren dat hij niet meer in verband kan worden gebracht met de belastbare materie, zodat de belastinggrondslag in feite niet voor een ieder dezelfde is⁶⁷. Men kan deze rechtspraak eigenlijk beschouwen als een negatieve toepassing van de hierboven aangehaalde toestand waarin een onderscheidingscriterium, gelet op zijn doel, volstrekt inadequaaf is ten aanzien van een bepaalde categorie van personen.

Benevens die gevallen waarin er geen of een inadequaaf verband bestaat tussen het gemaakte onderscheid en het doel en de aard van de belasting, zijn er in de rechtspraak weinig of geen gevallen geweest, waarin de schending van het gelijkheidsbeginsel werd aangenomen op grond van een kennelijk overdreven last die aan een categorie van personen zou worden opgelegd, een kennelijk onredelijk onderscheid of een kennelijke onevenredigheid tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. Een voorbeeld zou met enige goede wil kunnen worden gezien in het arrest van de Raad van State, dat het K.B. van 18 december 1989 betreffende de bedrijfsvoorheffing gedeeltelijk schorste. De *excessieve* bedrijfsvoorheffing waarin om louter budgettaire redenen uitsluitend ten aanzien van eeninkomensgezinnen was voorzien, werd strijdig geacht met het gelijkheidsbeginsel. Men moet echter toegeven dat de Raad van State ook, en wellicht vooral, benadrukte dat het onderscheid tussen één- en twee-inkomensgezinnen niet in zichtbaar verband stond met het nagestreefde doel⁶⁸, hetgeen ons eigenlijk weer eerder bij de hierboven behandelde gevallen brengt. Er zou misschien ook kunnen worden verwezen naar het

eveneens reeds hierboven behandelde arrest van het Arbitragehof over de artikelen 149 en 150 W.I.B. De gedeeltelijke vernietiging van deze artikelen werd ook verantwoord door de vaststelling dat zij voor de niet-verblijfhoudende Belgische pensioengerechtigden zonder tehuis in België leidden tot een belasting die hun draagkracht te boven ging⁶⁹.

II. Bijzondere problemen

14. Naast het fundamentele probleem van de inhoudsbepaling van het gelijkheidsbeginsel, waarvan de oplossing vooral in de meest recente rechtspraak moest worden gezocht, zijn er nog enkele bijzondere onopgeloste problemen die al langer bestaan, soms zelfs al heel lang. Zij houden verband met de sanctionering van voorrechten, met de (niet)-bindende kracht van onwettige circulaire en met de vrije keuze van de minst belaste weg.

Voorrechten

15. Luidens artikel 112, eerste lid, Gw., kunnen inzake belastingen geen voorrechten worden ingevoerd. Maar hoe moet de naleving van dit principe worden afgedwongen wanneer ten voordele van één of enkele personen of een kleine categorie van personen een privilege wordt ingevoerd, terwijl alle anderen op normale en gelijke wijze worden belast? De bevoorrechten zullen uiteraard niet klagen. Ten aanzien van alle anderen is het zeer de vraag of zij een belang kunnen laten gelden om het voorrecht van enkelen of zelfs de hele normatieve akte tot invoering van de belasting ongeldig te doen verklaren. Een *actio popularis* tot nietigverklaring voor het Arbitragehof of de Raad van State is in ieder geval uitgesloten⁷⁰.

Uit de oudere rechtspraak blijkt dat een reglement in zijn geheel ongeldig moet worden verklaard wanneer het is aangezet door een ongrondwettigheid zoals een schending van het gelijkheidsbeginsel⁷¹. Maar klaarblijkelijk ging het in deze zaak, zoals overigens ook in een vergelijkbare recentere zaak⁷², om een geval waarin eigenlijk hele categorieën van personen tegenover elkaar stonden.

Wat er moet gebeuren wanneer iemand uit een grote groep het privilege van een enkeling of van een kleine groep wil aanklagen, blijft een open vraag⁷³.

Onwettige circulaire

16. Het probleem van de rechtskracht van onwettige circulaire is de Belgische fiscale rechtswereld welbekend. Volgens de klassieke principes komt het de administratie niet toe door middel van administratieve circulaire of onder-richtingen af te wijken van de wetbepalingen betreffende de vestiging van de belasting, die van openbare orde zijn en

⁶⁴ Cass., 5 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 328.

⁶⁵ Cass., 15 juni 1893, *Pas.*, 1893, I, 260; Cass., 23 juni 1976, *J.D.F.*, 1976, 351.

⁶⁶ Arbitragehof, 21 november 1991, nr. 34/91, *B.S.*, 14 december 1991, (28241), 28245, 2.B.5.

⁶⁷ *R.v.St.*, 25 mei 1967, nr. 10.392, *T.B.P.*, 1968, 164.

⁶⁸ *R.v.St.*, 25 april 1990, nr. 42.102, *F.J.F.*, 1990, nr. 91/118.

⁶⁹ Arbitragehof, 21 november 1991, nr. 34/91, *B.S.*, 14 december 1991, (28241), 28245, 2.B.5.

⁷⁰ VAN HEUVEN, D., *l.c.*, p. 591; VANDER STICHELE, A., «Procedure voor de Raad van State en administratieve rechtscolleges», *T.B.P.*, 1981, 104.

⁷¹ Cass., 15 juni 1893, *Pas.*, 1893, I, (260), 265.

⁷² Cass., 23 juni 1976, *J.D.F.*, 1976, 351.

⁷³ TIBERGHIEN, A., *o.c.*, nr. 166.

die zij verplicht is te eerbiedigen ⁷⁴. Het is haar niet geoorloofd door middel van een circulaire een niet door de wet voorzien gunststelsel in te voeren, ook al zou het toepasselijk zijn op alle personen die beantwoorden aan de erin gestelde voorwaarden ⁷⁵. Wanneer tussen de belastingplichtige en de administratie betwistingen rijzen over de toepassingsvoorwaarden van zulk een circulaire of over bewijsaangelegenheden, moet de rechter naar de klassieke leer eenvoudig vaststellen dat de circulaire elke rechtskracht mist ⁷⁶. Meer dan eens besliste het Hof van Cassatie, na te hebben vastgesteld dat een circulaire geen steun vond in de wet, dat er geen reden was om te onderzoeken of een belastingplichtige de toepassingsvoorwaarden ervan vervulde, zodat de aanslag moest worden gehandhaafd ⁷⁷.

Deze strenge principes worden door verschillende auteurs ook in verband gebracht met het gelijkheidsbeginsel: de toepassing van een onwettige circulaire schendt de gelijkheid van allen voor de wet ⁷⁸. De rechter honoreert geen gelijkheid in de onwettigheid ⁷⁹.

In de recente rechtsleer wordt dit beroep op het gelijkheidsbeginsel om de bindende kracht van onwettige circulaire af te wijzen, heftig bestreden. Wanneer een circulaire een algemene draagwijdte heeft en gepubliceerd is en wanneer de verleende vrijstelling of vermindering van belasting in overeenstemming is met de aard en het doel van die belasting, dan leidt zij enkel tot de vervanging van een bestaande gelijkheid of ongelijkheid door een andere ⁸⁰. Ook ons komt het voor dat men het debat over de rechtskracht van onwettige circulaire beter plaatst op het terrein van het legaliteitsbeginsel dan op dat van het gelijkheidsbeginsel ⁸¹.

Vrije keuze van de minst belaste weg

17. Naar de klassieke en onlangs herbevestigde leer van het Hof van Cassatie mag de belastingplichtige, met de bedoeling een voordeliger belastingregime te genieten en gebruik makend van zijn vrijheid van overeenkomst, juridische constructies opzetten, die geen enkele wettelijke verplichting schenden en waarvan hij alle gevolgen aanvaardt, zonde

der dat vereist is dat de vorm van zijn rechtshandelingen de meest normale is, en ook al zouden die rechtshandelingen worden verricht met het enig doel de belastingdruk te verminderen ⁸².

Enkele jaren geleden bracht de administratie hiertegen in dat een juridische constructie als geveinsd moest worden beschouwd wanneer zij kennelijk in strijd was met de economische werkelijkheid, ook al hadden de partijen alle juridische gevolgen van hun constructie aanvaard. Deze theorie werd door het Hof van Cassatie afgewezen: er bestaat in het fiscaal recht geen algemeen rechtsbeginsel krachtens hetwelk rekening zou moeten worden gehouden met een bedrijfseconomische werkelijkheid die anders zou zijn dan de werkelijkheid van wat tussen partijen zonder veinzing is overeengekomen en waarvan zij alle gevolgen hebben aanvaard ⁸³. Maar het Hof besliste in hetzelfde arrest ook dat inkomstenbelastingen uiteraard op grondslag van werkelijke gegevens moeten worden geheven, daar de heffing anders de gelijkheid onder de burgers zou miskennen en in willekeur vervallen.

Een soortgelijke gedachtengang vindt men ook reeds in de rechtsleer: verschillende juridische procédés die het mogelijk maken tot hetzelfde economische resultaat te komen, zouden door de wet op dezelfde wijze moeten worden belast ⁸⁴. Maar lang is men daar nooit blijven bij stilstaan, omdat de wet toch niet aan de Grondwet kon worden getoetst. Men zag deze regel gewoon als een richtsnoer voor de wetgever. Daarin is nu verandering gekomen. De wet kan nu worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel ⁸⁵.

18. Het recht van vrije keuze van de minst belaste weg doet ongetwijfeld talrijke ongelijkheden in de toepassing van de fiscale wet ontstaan. Kan de belastingplichtige nu eisen dat de fiscale wet geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd of geheel of gedeeltelijk buiten toepassing wordt verklaard, omdat die wet aan anderen mogelijkheden van vrije keuze van de minst belaste weg laat, die zij aan hem niet laat, zonder dat voor die verschillende behandeling een objectieve en redelijke verantwoording voorhanden is?

Als algemene regel kan men niet anders dan aanvaarden dat het gelijkheidsbeginsel ook hier toepassing moet vinden. Voor de concrete toepassing ervan lijkt evenwel een fundamenteel onderscheid te moeten worden gemaakt.

In de eerste plaats bestaan er talloze vormen van belastingontwijking of belastingvermijding, die algemeen bekend zijn en die door de wetgever worden gedoogd. Voorbeelden daarvan zijn de handgift, de splitsing van individuele levensverzekeringscontracten, het gebruik van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid voor professionele doeleinden of voor vermogensbeheer, enzovoort. Deze technieken staan niet ter beschikking van iedereen. Zo kunnen ambtenaren hun beroep niet in vennootschapsvorm uitoefenen. De toepassing van het gelijkheidsbeginsel zal in deze gevallen wel geen bijzondere problemen leveren. Men moet eenvoudig de in het eerste deel van dit referaat uiteengezette regels

⁷⁴ Cass., 22 november 1949, *Arr. Verbr.*, 1950, 165; Cass., 20 januari 1941, *Arr. Verbr.*, 1941, 9.

⁷⁵ KRINGS, conclusie vóór Cass., 21 mei 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1175.

⁷⁶ VAN GELDER, A.J.M., «Enkele problemen van pseudo-wetgeving in het fiscaal recht», in *Liber Amicorum F. Dumon*, Antwerpen, Kluwer, 1983, p. 1053.

⁷⁷ Cass., 10 november 1981, *F.J.F.*, 1982, nr. 82/12; Cass., 19 november 1981, *J.D.F.*, 1982, 88; Cass., 21 mei 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1172.

⁷⁸ KIRKPATRICK, J., *l.c.*, pp. 31-38; VAN HOUTTE, J., *o.c.*, nr. 46.

⁷⁹ R.v.St., 18 juli 1977, *Pas.*, 1980, IV, 55; VAN HEUVEN, D., *l.c.*, p. 592, met verdere verwijzingen naar de rechtspraak van de Raad van State.

⁸⁰ GEENS, K., «Binden circulaire, toezeggingen of inlichtingen de fiscus?», *Fiskofoon*, 1983, 10-11; HINNEKENS, L., «De rechtswaarde van de belastingcirculaire: quo vadimus?», *Alg. Fisc. T.*, 1984, 155-157.

⁸¹ VAN CROMBRUGGE, S., «De vernietiging of vermindering van een aanslag wegens schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het fiscaal recht», in *Gentse geschriften over fiscaal recht en fiscaliteit*, VAN CROMBRUGGE, S. en BEGHIN, P., (red.), Kalmt-hout, Biblo, 1989, p. 19 e.v.

⁸² Cass., 6 juni 1961, *Pas.*, 1961, I, 1082; Cass., 19 oktober 1965, *Pas.*, 1966, I, 213; Cass., 22 maart 1990, *T.R.V.*, 1990, 311, *R.W.*, 1990-91, 61, *F.J.F.*, 1990, nr. 90/95.

⁸³ Cass., 29 januari 1988, *T.R.V.*, 1988, 198, *Arr. Cass.*, 1987-88, 676, *R.W.*, 1987-88, 1508.

⁸⁴ KIRKPATRICK, J., *l.c.*, pp. 63-65.

⁸⁵ Cf. *supra*, nrs. 1-2.

toepassen. Het gelijkheidsbeginsel belet niet dat de wet ook op het vlak van de vrije keuze van de minst belaste weg verschillen tussen diverse categorieën van personen laat bestaan, voor zover daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat op basis van het doel, de gevolgen en de aard van de belasting⁸⁶. De wetgever beschikt daarbij over een beoordelingsvrijheid: hij alleen beslist over de opportuniteit van zijn maatregelen⁸⁷.

In de tweede plaats zijn er ook vormen van oneigenlijk gebruik, waarbij leemten of onvolkomenheden van de wetgeving door middel van een of andere juridische constructie worden uitgebuit of bepaalde instrumenten van de fiscale wet worden gebruikt voor doeleinden die de wetgever helemaal niet voor ogen had. Het moet daarbij wel gaan om vormen van oneigenlijk gebruik die niet voor iedereen openstaan. Wil men enigszins realistisch blijven, dan lijkt het niet mogelijk daarop steeds de normale regels van het gelijkheidsbeginsel toe te passen. Oneigenlijk gebruik dat niet voor iedereen openstaat, geeft uiteraard aanleiding tot verschillen tussen belastingplichtigen, die in geen enkel verband staan tot de door de wetgever nagestreefde doeleinden. De wetgever wou helemaal geen oneigenlijk gebruik. Het komt ons voor dat men op dit punt aan de wetgever, benevens een beleidsvrijheid, tevens een door de redelijkheid begrensd recht op onvolkomenheid zal moeten erkennen. Dit betekent meteen dat de wetgever binnen de kortste keren werk moet maken van het herstel van zijn blunders. Anders ontstaat een bewust gedoogd onderscheid zonder objectieve en redelijke verantwoording.

Besluit

19. Het gelijkheidsbeginsel heeft een lange weg afgelegd. Van een puur formalistisch principe, dat in feite alleen praktische betekenis had voor provinciale en gemeentelijke belastingen, is het geëvolueerd tot een zeer genuanceerde norm, essentieel gebaseerd op de begrippen objectiviteit en

redelijkheid, te toetsen aan aard, doel en gevolgen van de belasting. Bovendien strekt de praktische betekenis van het gelijkheidsbeginsel zich nu uit tot de handelingen van alle overheden die tot belastingheffing bevoegd zijn, met inbegrip van de wetgever en de decreetgever. Aldus moet het beginsel zowel op het theoretisch als op het praktisch vlak in staat zijn de willekeur uit het fiscale landschap te bannen.

Zal de veralgemeende toetsing van belastingregelingen aan het gelijkheidsbeginsel niet een te grote hinderpaal betekenen voor de wetgever, die zich tot voor kort geen zorgen hoefde te maken over enige grondwettigheidscontrole. De rechtspraak van het Arbitragehof laat wellicht reeds toe deze vraag ontkennend te beantwoorden. Aan de belastingheffende overheid wordt klaarblijkelijk een ruime beoordelingsvrijheid erkend. Maar de wetgever zal wel zijn vroegere nonchalance achterwege moeten laten.

Dit alles vraagt van de gezagdragers een grotere discipline dan vroeger. Zij zullen het verantwoord karakter van het instellen van onderscheiden fiscale behandelingen voortdurend in objectiviteit en redelijkheid moeten beoordelen. Zolang die discipline niet op alle niveaus is doorgedrongen, dreigt men natuurlijk regelmatig onaangename verrassingen te zullen krijgen. Zo werd onlangs, wellicht met reden, de vraag gesteld of de spreiding in de tijd van de overdraagbaarheid van vroegere verliezen vanaf het willekeurige bedrag van 20 miljoen frank (art. 34, Wet van 20 juli 1991) wel verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel⁸⁸. Deze maatregel is uitsluitend ingevoerd om budgettaire redenen. Waarom moeten vennootschappen die vroeger verliezen hebben geleden en daarvan nog meer dan 20 miljoen frank over te dragen hebben, meer budgettaire opbrengsten leveren dan andere vennootschappen? Naar een objectieve en redelijke verantwoording daarvoor zal men nog lang zoeken.

Prof. dr. S. VAN CROMBRUGGE
U.G. en U.I.A.

⁸⁶ Cf. *supra*, nr. 6.

⁸⁷ Cf. *supra*, nr. 12.

⁸⁸ TIBERGHIE, A., «Belasting, wat is dat?», *De Standaard*, 16 augustus 1991, p. 18.

GELIJKE BEHANDELING IN DE SOCIALE ZEKERHEID

Inleiding

De sociale zekerheid is een bij uitstek geschikt terrein voor controversen over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel vervat in art. 6 van de Grondwet. Het gaat om een omvangrijk systeem dat zowat een kwart van het nationaal inkomen herverdeelt, door het in de vorm van bijdragen (en deels ook van belastingen) af te houden van het inkomen van de werkende bevolking, en door het in de vorm van uitkeringen toe te kennen aan de non-actieve bevolking, en deels ook aan de werkenden die zich in bepaalde omstandigheden bevinden, zoals kinderlast en behoefte aan gezondheidszorg¹. Zowat de hele bevolking heeft er voortdurend mee te maken, hetzij aan de betalende kant, hetzij aan de ontvangende kant (en niet zelden aan beide tegelijk, cf. de gezinsbijslagen), en voor de non-actieven, die de meerderheid van de bevolking uitmaken, vormt zij zelfs de voornaamste bron van middelen voor levensonderhoud.

Zowel de bijdragen als de uitkeringen zijn in geld uitgedrukt. De bedragen ervan zijn gemakkelijk onderling vergelijkbaar. Individuen en groepen van burgers worden er aldus toe gebracht hun situatie onderling te vergelijken. Zij zullen daarbij de neiging vertonen hun eigen bijdragen als te hoog, en hun uitkeringen als te gering te beschouwen, in vergelijking met die van anderen. Deze neiging wordt nog versterkt door het bestaan van belangenorganisaties en pressiegroepen, die uitdrukkelijk tot opdracht hebben de belangen van bepaalde groepen van burgers te verdedigen o.m. tegenover de sociale zekerheid.

Sinds het einde van de tweede wereldoorlog wordt de sociale zekerheid algemeen als mensenrecht, en dus als een essentieel deel van de overheidspolitiek beschouwd². Dit blijkt uit belangrijke teksten zoals het zgn. Atlantisch Charter, de verklaring van Philadelphia over de doelstellingen van de Internationale Arbeidsorganisatie, de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, en alle moderne nationale grondwetten die sinds die tijd zijn ontstaan³. Hieruit volgt dat de sociale zekerheid als instelling onderworpen dient te zijn aan de regelen die het optreden van de staat tegenover zijn burgers beheersen, waaronder de gelijkheid van alle burgers voor de wet⁴.

De doorvoering van dit principe stoot echter op grote moeilijkheden, die in belangrijke mate verband houden met

de historische tradities van de sociale zekerheid. De oorsprong van de huidige wettelijke stelsels van sociale zekerheid is gelegen in privaatrechtelijke onderlinge-verzekeringssystemen⁵, waarvoor het beginsel van de gelijke behandeling niet gold. Deze oude traditie is in sterke mate blijven voortleven⁶. Het recht van de sociale zekerheid heeft veel minder dan men zou denken een progressief karakter. Integendeel: het is doordrongen van een uiterst conservatieve geest⁷. Wat eenmaal bestaat in sociaal recht, kan niet zo gemakkelijk worden opgeheven.

Heel wat van die overgeleverde structuren uit vroegere tijden houden discriminaties in tussen verschillende groepen van burgers. Sociale verzekeringen werden opgericht door plaatselijke kringen van beroepsgenoten, of door filantropisch ingestelde burgers. De kassen bepaalden in hun statuten vrij tot wie zij zich richtten en onder welke voorwaarden zij uitkeringen zouden verlenen. De verzekeringen waren vrijwillig van aard. Wie het niet eens was met de termen van de statuten, kon zich richten tot een andere kas, er eventueel zelf een oprichten, of zich buiten de verzekering houden. De verhoudingen tussen de kassen en hun verzekerden werden beheerst door de contractvrijheid⁸.

Nu de verzekering verplicht en veralgemeend is, en het recht erop gegarandeerd moet worden door de nationale overheid, is de grondslag van deze verhouding volledig veranderd. Toch zijn vele van de oude regels nog blijven bestaan. Wachttijden, bijdragebons, compensatiekassen, verschillen in voorwaarden en in uitkeringshoogte naar gelang van professionele en andere omstandigheden: allerlei typische trekken van ons huidig sociale-zekerheidssysteem zijn alleen te begrijpen vanuit de historische oorsprong van de instellingen, die in het verre verleden ligt, en zij hebben voor het heden geen enkele relevantie.

Wat een aantal aspecten betreft, levert dit op zichzelf genomen geen problemen. Men kan aanvaarden dat zij behouden worden uit een gevoel van piëteit voor de glorieuze traditie van de sociale strijd, wanneer dat behoud geen bijzondere problemen levert. Voor een aantal andere aspecten echter ligt dat anders. Het behoud ervan kan niet langer aanvaard worden, omdat zij strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling van de burgers. Het besef hiervan is slechts zeer langzaam doorgedrongen, maar het wint de

¹ Zie B. CANTILLON, J. PEETERS en E. DE RIDDER, *Atlas van de Sociale Zekerheid in België*, Leuven, Acco, 1987, 308 blz.

² P. GOSSERIES, «Droits de l'homme et droits de la sécurité sociale», *J.T.T.*, 1988, 469-476.

³ Zie hierover G. PERRIN, «Les fondements du droit international de la sécurité sociale», in *Droit Sociale*, 1974, 12, 480, in het Nederlands vertaald als *De grondslagen van het internationale sociale-zekerheidsrecht*, Kluwer, Deventer, 1978.

⁴ A. DOUCY, «Le rôle de l'Etat dans l'organisation de la sécurité sociale en Belgique», in *Actes du Deuxième Congrès International de Droit Social*, Brussel, 1961, 412.

⁵ Zie hierover de klassieke studie van P. DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Parijs, Dalloz, 1953, 31-33.

⁶ H. LIBERT, «Het paritair beheer van de instellingen voor sociale zekerheid», *Tijdschr. Bestuursw.*, 1961, 461.

⁷ J.J. DUPEYROUX heeft het mechanisme van deze conservatieve ingesteldheid op schitterende wijze duidelijk gemaakt in zijn klassieke studie *Développement et tendances des régimes de sécurité sociale des Pays Membres des Communautés Européennes et de la Grande Bretagne*, Luxemburg, E.G.K.S., 1966.

⁸ A. JAUNIAUX, *Cent années de mutualités en Belgique*, Brussel, 1930, 164; R. RESZOHAZY, *Geschiedenis van de christelijke mutualistische beweging in België*, Antwerpen, 1957, 358.

jongste tijd, mede door dwingende juridische maatregelen, meer en meer veld.

Juridisch-technisch staat men hier voor drie verschillende situaties. Zij komen verder op in deze bijdrage uitgebreid aan bod, onder verschillende koppen. Allereerst zijn er de regelingen die niet in de wet zijn vastgelegd, maar die overgelaten zijn aan de Koning, of aan de bevoegde minister, wat in de sociale zekerheid helemaal niet zeldzaam is. Deze K.B.'s en M.B.'s kunnen door de rechter getoetst worden aan de wet, en dus ook aan art. 6 van de Grondwet. Dit is met name gebeurd in de sector van de werkloosheidsverzekering, die meer dan andere op het niveau van K.B. en M.B. geregeld is ⁹.

Vervolgens zijn er een aantal situaties die beheerst worden door verordeningen en richtlijnen van de Europese Gemeenschap, die van rechtstreekse werking zijn in België ¹⁰. België is door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen verschillende keren veroordeeld wegens inbreuken op deze bepalingen, meer bepaald ten aanzien van de discriminatie tussen vreemdelingen en tegen onderdanen, en die tussen mannen en vrouwen ¹¹.

En ten slotte zijn er de wettelijke regelingen die tot nu toe niet getoetst konden worden, maar die als strijdig kunnen worden beschouwd met het gelijkheidsbeginsel neergelegd in art. 6 van de Grondwet. Deze problematiek krijgt op dit ogenblik een nieuwe actualiteit, waaraan wij hier bijzondere aandacht zullen besteden.

In de komende bladzijden volgen wij niet die juridische indeling, maar onderscheiden wij de verschillende vormen van discriminatie volgens de materie waarop zij betrekking hebben. Inzake sociale zekerheid zijn vooral van belang de discriminatie op grond van de nationaliteit, van het geslacht, van de leeftijd, en van het beroep.

I. Onderscheid tussen vreemdelingen en eigen onderdanen

Deze problematiek is van vrij recente oorsprong. Zij vindt haar oorsprong in de staatstussenkomst op het gebied van de sociale bescherming.

Ten tijde van de vrijwillige sociale verzekering werd normalerwijze niet gediscrimineerd tussen vreemdelingen en personen van Belgische nationaliteit. Men verwierf het recht

op prestaties eenvoudig door het betalen van bijdragen, volgens de logica van de verzekeringstechniek. Alle bijdragebetalers verkregen gelijke aanspraken op uitkeringen, ongeacht hun nationale herkomst. Op het einde van de 19e eeuw en bij het begin van de 20e eeuw echter begonnen de openbare overheden subsidies te verlenen aan bepaalde sociale-verzekeringsschakels die dreigden bankroet te gaan ¹². Met deze overheidstussenkomst deed het principe van de nationaliteit zijn intrede. De staat wou zijn geld alleen besteden ten voordele van de eigen burgers.

Lange tijd hebben dan ook duidelijk discriminatoire bepalingen onze sociale-zekerheidswetten ontsierd. In de jaren vijftig ¹³ stond in de pensioenwetten geschreven dat het pensioen voor een vreemdeling met een zeker percentage verminderd werd; dit percentage stemde overeen met het gedeelte van de overheidssubsidiëring in de financiering. Deze discriminatie is opgeheven sinds de nieuwe pensioenwet van 1967 ¹⁴.

In de jaren zestig is een nieuwe reeks wetten de discriminerende toer opgegaan. Toen is het ontstaan gegeven aan de zogenaamde residuaire sector, die minimumvoorzieningen verschaft aan diegenen die onvoldoende bestaansmiddelen hebben. Deze zijn uitsluitend door overheidsmiddelen gefinancierd, en ze werden dan ook principieel gereserveerd voor rechthebbenden van Belgische nationaliteit ¹⁵.

Mettertijd is dit principe afgezwakt. In de eerste plaats werden, op grond van internationale overeenkomsten, vluchtelingen en staatlozen grotendeels met Belgische onderdanen gelijkgesteld. Verder heeft de Europese Economische Gemeenschap met de verordeningen nummers 3 en 4 over de sociale zekerheid van de migrerende arbeiders (nu vervangen door verordening 1408/71 over de sociale zekerheid van de werknemers die zich in de gemeenschap verplaatsen) het principe gesteld van gelijke behandeling met eigen onderdanen voor de onderdanen van alle lidstaten (art. 3, VO 1408/71).

Inzake het bestaansminimum ¹⁶ kent de wet het recht op uitkeringen rechtstreeks alleen toe aan de Belgen. Een K.B. van 8 januari 1976 breidt vervolgens het toepassingsgebied uit tot E.E.G.-onderdanen, staatlozen en vluchtelingen, op voorwaarde dat zij effectief in België hebben verbleven gedurende de vijf jaar voorafgaand aan de aanvraag ¹⁷. Deze regeling werd door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen veroordeeld als strijdig met het principe van

⁹ De basistekst van de werkloosheidsregeling is het K.B. van 20 december 1963, genomen op basis van het nog geldende art. 7 van de opheffen besluitwet van 28 december 1944. Dit K.B. is recent vervangen door een nieuw K.B. van 25 nov. 1991, gebaseerd op dezelfde «wettelijke» grondslag.

¹⁰ Zie B. DUBOIS, «De impact van het Europees en internationaal recht op het Belgisch sociaal recht», *T.P.R.*, 1987, 503; J. GILLET, «L'Europe dans ses dispositions sociales», *R.D.S.*, 1989, 401; D. PIETERS, *Europees en internationaal sociale zekerheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1987, 932.

¹¹ Ph. GOSSE, «Réflexions à propos d'un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes», *J.T.T.*, 1981, 62; Ph. GOSSE, «Sécurité sociale des travailleurs migrants C.E.E. Ses principes fondamentaux», *J.T.T.*, 1988, 169; A. GOVERS, «Het Hof van Justitie en het E.E.G. sociale zekerheidsrecht», *S.E.W.*, 1983, 286; J. MERTENS, «Het Hof van Justitie en de sociale zekerheid van migrerende werknemers», *B.T.S.Z.*, 1973, 355; Ph. WATSON, «Aspects actuels de la sécurité sociale des travailleurs migrants», *J.T.T.*, 281-286.

¹² J. VAN STEENBERGE, «Geschiedenis van de Belgische Sociale Zekerheid», in G.M.J. VELDKAMP, *Sociale Zekerheid*, Kluwer, Deventer, 1978, vol. I, 185 e.v.

¹³ Art. 1 K.B. 19 dec. 1955, *Staatsbl.*, 26-27-28 dec. 1955.

¹⁴ Maar de idee ervan is niet geheel verdwenen. Men vindt ze terug in het K.B. nr. 415 van 16 juli 1986 dat de uitbetaling van de pensioenen voor mijnwerkers van vreemde nationaliteit in principe met 20% vermindert wanneer zij niet in België verblijven (en voor zover een verdrag er niet anders over beslist).

¹⁵ W. DE PUE, «Knelpunten bij de toepassing van de wet op het bestaansminimum», in *Bestaansminimum*, Antwerpen, Kluwer, 1980, Reeks Sociaal Recht, nr. 10, 172 e.v.

¹⁶ Wet van 7 aug. 1974. Zie hierover C. DE CLERCO, «Het gewaarborgd inkomen», in *De ontwikkeling van de Belgische wetgeving van sociale zekerheid 1970-1976*, Brussel, Laricier, 1976, 382.

¹⁷ X. DUON, «L'octroi du 'minimex' aux ressortissants C.E.E.: l'illegalité de la condition de résidence», *T.S.R.*, 1983, 1.

gelijke behandeling tussen vreemdelingen en eigen onderdanen inzake sociale zekerheid¹⁸. Een K.B. van 27 maart 1987 is dan de nationaliteitsvoorwaarde komen opheffen, en vervangen door een alternatieve verblijfsvoorwaarde: men moet in België verbleven hebben ofwel gedurende de vijf jaren vóór de aanvraag, ofwel gedurende tien jaren van zijn leven¹⁹. Aldus is formeel-wettelijk de gelijke behandeling hersteld tussen vreemdelingen en eigen onderdanen, ook al zal in feite het vervullen van die voorwaarden minder problemen leveren voor Belgen dan voor buitenlanders.

Een soortgelijke weg is afgelegd door de wetgeving inzake het gewaarborgd inkomen voor bejaarden²⁰. Onder de oorspronkelijke tekst van de wet kwam het gewaarborgd inkomen voor bejaarden toe aan alle personen van Belgische nationaliteit, alsook aan de staatlozen en vluchtelingen evenals de onderdanen van landen waarmee België daarvoor een wederkerigheidsovereenkomst had gesloten²¹. Onder invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen²² werd dit toepassingsgebied uitgebreid tot alle personen van vreemde nationaliteit die in België recht hebben op een pensioen als werknemer; zij dienden echter vijf jaar in België te verblijven²³ (art. 122 W. 8 aug. 1980).

Dat was nog niet goed genoeg voor de E.E.G., die een blijvende discriminatie zag in de regel dat vreemdelingen wel en Belgen niet een verblijf van vijf jaar in België moesten aantonen²⁴. Daarop heeft het K.B. nr. 417 van 16 juli 1986 de verblijfsvoorwaarde ingevoerd voor Belgen zowel als voor vreemdelingen, maar ze omgevormd tot een alternatieve voorwaarde: ofwel de laatste vijf jaren, ofwel tien jaren gedurende zijn leven in België verbleven hebben.

Hetzelfde heeft zich voorgedaan inzake gewaarborgde gezinsbijslag²⁵. Oorspronkelijk moesten, om dit voordeel te genieten, de kinderen van Belgische nationaliteit zijn en in België werkelijk verblijven (de minister kon in behartigingswaardige gevallen van deze voorwaarden afwijken)²⁶; later is deze voorwaarde omgevormd tot een *verblijfsvoorwaarde*: het kind moet werkelijk in België verblijven, en, indien het geen bloedverwant is van de natuurlijke persoon of van zijn

echtgenoot of ex-echtgenoot of feitelijke partner, vijf jaar in België verbleven hebben (art. 2, als gewijzigd bij K.B. nr. 242 van 31 dec. 1983). De verblijfsvoorwaarde is bij dezelfde gelegenheid²⁷ uitgebreid tot de natuurlijke persoon die het kind ten laste heeft: deze moet «werkelijk en ononderbroken» in België verbleven hebben in de vijf jaren die de indiening van de aanvraag voorafgaan; bovendien, als het een vreemdeling is, moet dit verblijf een wettig karakter hebben gehad (nieuw art. 1, tweede en derde lid, als gewijzigd bij K.B. nr. 242).

Hierdoor waren de discriminaties reeds verboden voor het grootste deel van de in de gemeenschap levende vreemdelingen. Voor het merendeel van de overigen hebben de landen van de E.E.G., en ook België, bilaterale of multilaterale overeenkomsten gesloten met hun land van herkomst, waarin hetzelfde principe van niet-discriminatie is opgenomen²⁸. Nog slechts een klein gedeelte van de in ons land verblijvende vreemdelingen kunnen thans op basis van hun nationaliteit geweerd worden uit de minimumvoorzieningen.

Toch zijn nieuwe problemen ingevoerd in de zgn. crisiswetgeving van de jaren 1975-1983, en meer bepaald in verband met de zgn. T-zones en coördinatiecentra, opgericht bij twee hoofdzakelijk fiscaal georiënteerde wettelijke regelingen tot stimulering van investeringen (K.B.'s nr. 118 van 23 december, en nr. 187 van 30 december 1982)²⁹. Op sociaalrechtelijk gebied worden deze vestigingen bevoordeeld door vrijstelling van onderwerping aan de Belgische sociale zekerheid, van de buitenlandse kaderleden en vorsers die bij deze projecten worden betrokken.

Een dergelijke vrijstelling beantwoordt vaak aan de verzoeken van de betrokkenen (en van hun werkgevers), niet alleen wegens de administratieve complicaties die deze onderwerping met zich meebrengt, en wegens het bedrag van de te betalen bijdragen, maar ook omdat deze personen meestal gedekt zijn door bedrijfsvoorzieningen die een bepaald beschermingsniveau garanderen boven welke openbare sociale voorzieningen ook, en omdat zij toch in heel wat gevallen de nationale sociale uitkeringen niet kunnen exporteren naar hun land van herkomst.

De vraag kan echter gesteld worden, in het licht van de internationale verdragen waardoor België gebonden is, of deze vrijstelling wettig verantwoord is. De Raad van State heeft in zijn advies bij beide besluiten terecht opgemerkt dat zij strijdig is met art. 68 van de conventie nr. 102 van de Internationale Arbeidsorganisatie, geratificeerd bij wet van 11 sept. 1959, en uiteraard met het reeds genoemde art. 3 van de Verordening nr. 1408/71 van de Raad van de Europese Gemeenschappen over de sociale zekerheid van de

¹⁸ Niet op basis van verordening nr. 1408/71 over de sociale zekerheid van werknemers die zich verplaatsen binnen de gemeenschap, maar op basis van art. 7, verordening nr. 1612/68 over het vrij verkeer van werknemers binnen de gemeenschap, dat verschillende behandeling op gebied van sociale en fiscale voordelen verbiedt: Hof v. Just., 27 maart 1985 (2 arresten), *J.T.T.*, 1985, 323.

¹⁹ Kritische bedenkingen hierbij, in P. SENAËVE en D. SIMOENS, *O.C.M.W.-dienstverlening en bestaansminimum*, Brugge, Die Keure, 1984 (losbl.), nr. 19bis.

²⁰ Wet van 1 april 1969. Zie hierover J. DE NAYER, «Het gewaarborgd inkomen voor bejaarden», *B.T.S.Z.*, 1969, 813.

²¹ P. SENAËVE, *op.cit.*, 261.

²² Hof v. Just. E.G., 22 juni 1972, *J.T.T.*, 1972, 200.

²³ P. DELANNOO, «Minder-validen en gewaarborgde stelsels», in *Recente ontwikkelingen 1980-1986*, 658.

²⁴ Hof v. Just. E.G., 12 juli 1984; zie verslag aan de Koning bij K.B. nr. 417 van 16 juli 1986, *Staatsbl.*, 30 juli 1987, 10.691.

²⁵ Wet van 20 juli 1971. Zie hierover P. VAN DER VORST, «L'état gelé des prestations garanties et des prestations en services, lois du 20 juillet 1971», *J.T.T.*, 1973, 194.

²⁶ Zie A. STEELS, «De gezinsbijslag voor werknemers», in *De ontwikkeling van de Belgische wetgeving van sociale zekerheid 1970-1976*, Brussel, Larcier, 1977, 114.

²⁷ Zie hierover B. VAN BUGGENHOUT, «Gezinnen», in *Volmachten en sociale zekerheid 1983-1984*, Antwerpen, Kluwer, Reeks Sociaal Recht, nr. 26, 1985, 119.

²⁸ P. DELANNOO, «Sociale zekerheid van migrerende werknemers in de bilaterale verdragen», *B.T.S.Z.*, 1969, 1023; A. DHOORE, «De sociale zekerheidspositie van migrerende en vreemde werknemers in België», *Jura Falconis*, 1982-83, 465.

²⁹ Zie hierover O. VANACHTER, «Tewerkstellingszones, sociale zekerheid, arbeidskaart en opzeggingstermijnen», *Oriënt.*, 1983, 74.

werknemers die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, en die rechtstreekse werking heeft in de lidstaten³⁰.

Toch is de regeling blijven bestaan. Zij vormt nu een van de weinige overblijvende punten van ongelijke behandeling tussen vreemdelingen en eigen onderdanen in het Belgische sociale-zekerheidsrecht.

II. Onderscheid tussen mannen en vrouwen

Het blijkt duidelijk bij het lezen van de sociale-zekerheidsreglementering dat zij, tenminste in haar klassieke vorm, is uitgegaan van het traditionele rollenpatroon van man en vrouw, volgens hetwelk de man het gezinshoofd is en hij door zijn arbeid in het onderhoud van het gezin voorziet, terwijl de vrouw het huishouden doet en de kinderen opvoedt³¹. In zowat alle sectoren van sociale zekerheid spelen de begrippen gezinshoofd en personen ten laste een rol in die zin dat het gezinshoofd een hogere uitkering krijgt, en dat, meer bepaald in de ziekteverzekering, de personen ten laste medeverzekerd zijn met het gezinshoofd.

In de sociale zekerheid is men trager geweest dan in het burgerlijk recht om binnen het gezin de gelijkheid van man en vrouw te erkennen³². In de verschillende sectoren is er evenwel, mede onder invloed van het internationaal jaar van de vrouw (1975), mettertijd een evolutie ontstaan³³.

A. Pensioenleeftijd

Een belangrijk punt van verschil in rechten tussen mannen en vrouwen betreft de pensioenleeftijd. Traditioneel³⁴ was deze bepaald op 65 jaar voor mannen en 60 jaar voor vrouwen. Volgens sommigen berustte dit zelfs op «objectieve gronden», zodat het helemaal geen discriminatie zou uitmaken³⁵.

Aan die toestand werd een einde gemaakt door de wet van 20 juli 1990 «tot instelling van een flexibele pensioenleeftijd voor werknemers en tot aanpassing van de werknemerspensioenen aan de evolutie van het algemeen welzijn». Men weet dat deze wet de pensioenleeftijd van mannen en vrouwen gelijkstelt, vooral met de bedoeling de vrouwen later op pensioen te doen gaan, om de financïering van de pensioenen voor de toekomst veilig te stellen. Het resultaat is nu dat alle mannen en vrouwen de keuze hebben (de wet trad in werking op 1 januari 1991) om hun pensioendatum

te bepalen tussen hun 60 en hun 65 jaar. Uitzondering wordt alleen gemaakt voor bruggepensioneerden, die moeten wachten tot 65 jaar, en voor ondergrondse mijnwerkers, die, zoals voorheen, vroeger met pensioen kunnen gaan³⁶.

In werkelijkheid gaan steeds meer verzekerden vroeger dan de voorgeschreven leeftijd op pensioen³⁷. De pensioenwetgeving liet traditioneel een vervroegde pensionering toe, met vermindering van het pensioenbedrag met 5% per jaar vervroeging. In de crisisperiode begon men gevoelig te worden voor de financiële implicaties van deze politiek. De 5% vermindering bleek lager te liggen dan het actuïële verschil in pensioenwaarde. Merkwaardig genoeg werden beperkende maatregelen ingevoerd die alleen golden voor vrouwelijke verzekerden. Met ingang van 1 jan. 1987 werd op dit gebied een opmerkelijke en radicale stap gezet: voortaan werd de mogelijkheid van vervroegd pensioen eenvoudigweg *ontzegd aan vrouwen* (K.B. nr. 415 van 16 juli 1986)³⁸. Dit leek direct strijdig met de E.G.-richtlijn van 19 dec. 1978 over gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid, een punt dat er ongetwijfeld toe zal hebben bijgedragen dat deze regeling, en de hele vervroegde pensionering, meteen werd opgeheven bij de reeds genoemde wet van 20 juli 1990.

Een soortelijke *démarche* werd gevolgd in verband met het zgn. «brugrustpensioen», ingevoerd bij K.B. nr. 95 van 28 september 1982³⁹. Door deze regeling konden mannelijke werknemers hun pensioen nemen in de periode van vijf jaar vóór hun normale pensioenleeftijd, dus vanaf 60 jaar, zonder dat hun pensioen verminderd werd met 5% per jaar vervroeging. Hun pensioen bleef gewoon in 45en toegekend, en de jaren vanaf hun vervroegde pensionering tot aan de gewone leeftijd van 65 jaar werden fictief bij hun loopbaan gevoegd. Voorwaarde was dat de werkgever zich ertoe verbond de betrokkene te vervangen door een werkzoekende.

Ondanks de vele kritiek die op deze regeling werd uitgebracht, o.m. omdat zij mannen en vrouwen op ongelijke manier behandelde⁴⁰, werd deze regeling toch van jaar tot jaar verlengd⁴¹, tot zij uiteindelijk opzij gezet werd door de voornoemde wet van 20 juli 1990 op de flexibele pensioenleeftijd.

B. Gezinshoofd en persoon ten laste

Bepaalde uitkeringen van de sociale zekerheid zijn hoger wanneer zij toegekend worden aan verzekerden die personen ten laste hebben. Zij worden doorgaans «gezinshoofden» genoemd.

³⁰ Zie mijn «Bijdrageregeling», in *Volmachten en Sociale Zekerheid* - 1982, Kluwer, Antwerpen, Reeks Sociaal recht, nr. 21, 1984, 35-36.

³¹ W. VAN ECKHOUTTE, *Het personen- en familierechtelijk statuut in het sociale zekerheidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 125.

³² P. SENAËVE, «Het gezin en het sociale-zekerheidsrecht», *R.W.*, 1981-82, 2287.

³³ M. ERNST-HENRIËN, «Evolutie van het statuut van de vrouw in het Belgische sociale-zekerheidsrecht», *B.T.S.Z.*, 1971, 1147 e.v.; G. MAGREZ-SONG, «Het rechtsstatuut van de vrouw in het sociaal recht», *B.T.S.Z.*, 1976, 962 e.v.

³⁴ Het verschil in pensioenleeftijd tussen mannen en vrouwen vindt zijn oorsprong in de depressie van de jaren dertig. Het werd ingevoerd door de wet van 14 juli 1930. Zie hierover J. VAN STEENBERGE, *loc.cit.*, 206, en J. BERGHMAN, *Theorie van de sociale zekerheid. Bijdrage tot de sociaal-politieke theorie van de sociale zekerheid met een toepassing op de pensioensector*, proefschrift, U.I.A., 1981, 320.

³⁵ J. BASYN, «De pensioenleeftijd», *B.T.S.Z.*, 1968, 1199.

³⁶ Op de leeftijd van 55 jaar voor bovengronds werk, of op onverschillig welke leeftijd, na 25 jaar ondergronds werk; zie art. 2, § 2, 2° en 3°, van de wet.

³⁷ G. DOOGHE e.a., *Verlaging van de pensioenleeftijd*, Antwerpen, Kluwer, 1983, Reeks Sociaal Recht nr. 20, 139 e.v.

³⁸ Zie D. SIMOENS, «Pensioenen», in *Volmachten en sociale zekerheid 1986/1987*, Antwerpen, Kluwer, Reeks Sociaal Recht nr. 32, 1987, 183.

³⁹ O. DE LEYE, «Het conventioneel brugpensioen en het brugrustpensioen», *J.T.T.*, 1984, 421; P. BLONDED, «La prépension de retraite», *Soc.Kron.*, 1985, 163.

⁴⁰ Zie D. SIMOENS, «Verlaging van de pensioenleeftijd, juridische aspecten», in *Verlaging van de pensioenleeftijd*, 23 e.v.

⁴¹ Het laatst nog bij art. 251 van de programmawet van 22 december 1989.

Het begrip «persoon ten laste» wordt gedefinieerd in de ziekteverzekering⁴². Deze maakte hierbij tot 1979 een duidelijk onderscheid op basis van het geslacht: terwijl de vrouw zonder enige voorwaarde persoon ten laste van de man kon zijn, was de omgekeerde situatie slechts mogelijk in een beperkt aantal gevallen (wanneer de man invalide was, wanneer hij nog studeerde,...). Tegen het einde van de jaren zeventig kwam de rechtspraak steeds meer ertoe deze regeling (neergelegd in het uitvoeringsbesluit) strijdig te verklaren met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel⁴³. Onder druk van de rechtspraak en onder invloed van de E.E.G.-richtlijn over de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid (hierboven vermeld) werd de regeling vanaf 1980⁴⁴ grondig herzien, zodat voortaan ook de man zonder verdere voorwaarden ten laste kan zijn van zijn buitenshuis werkende vrouw⁴⁵.

Nog niet lang geleden definieerde men in de pensioensector het «gezinshoofd» als de gehuwde man die zijn vrouw ten laste had. Gevolg: alleen de man kon recht hebben op een pensioen tegen gezinsbedrag; een vrouw die in identieke omstandigheden als een man in feite gezinshoofd zou zijn en door haar arbeid voor het gezin zorgde, kreeg enkel het pensioen tegen het tarief van alleenstaande⁴⁶. In dezelfde gedachtengang bestond er enkel een overlevingspensioen ten voordele van de weduwe, niet ten voordele van de weduwnaar. Deze discriminatie is opgeheven door de bekende wet-Mainil van 15 mei 1984.

Zowel in de ziekteverzekering als t.a.v. de werkloosheidsuitkeringen bestond sinds lange tijd een verschil in behandeling tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers voor het recht op uitkeringen. De rechtspraak heeft hiertegen herhaaldelijk gereageerd door toepassing te maken van art. 107 van de Grondwet: daar het hier ging om bij koninklijk besluit vastgestelde regelingen, kon de rechter ze toetsen aan de wet, en met name aan het gelijkheidsbeginsel van art. 6 van de Grondwet.

Vóór 1971 verstrekten de werkloosheidsverzekering uitsluitend forfaitaire uitkeringen. Deze waren verschillend voor mannelijke en voor vrouwelijke werklozen⁴⁷. De administratieve rechtspraak had al in 1968 dit onderscheid in strijd bevonden met art. 119 van het E.E.G.-Verdrag⁴⁸. Vanaf 1970 spraken de arbeidsrechtbanken zich tegenstrijdig uit over het al dan niet gerechtvaardigde karakter van deze discriminatie, vooral op grond van art. 6 van de Grondwet.

Deze geschillen vormden de directe aanleiding voor de hervorming die doorgevoerd werd door minister Major in 1971⁴⁹, waarbij de uitkeringen vastgesteld werden als een percentage van de lonen⁵⁰. Naderhand aanvaardde het Hof van Cassatie het onderscheid op basis van het geslacht toch als verenigbaar met art. 6 Gw.⁵¹ terwijl de Raad van State op 15 maart 1974 precies tot de tegenovergestelde conclusie kwam⁵².

In de ziekteverzekering werd het onderscheid tussen mannen en vrouwen voor de bepaling van het «gezinshoofd» dat recht geeft op een hogere uitkering eveneens aan gevallen in de rechtspraak⁵³. Het werd uiteindelijk afgeschaft in 1982⁵⁴.

C. De «samenwonenden»

De E.E.G.-richtlijn over gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid, eerder al genoemd, verbiedt niet alleen rechtstreekse discriminatie op basis van het geslacht, maar ook *indirecte* discriminatie op grond van het huwelijk of het gezin⁵⁵. Het gezinsbegrip is vrij belangrijk in de Belgische sociale zekerheid; en dit belang is nog toegenomen wegens een scherpere selectiviteit die sinds de crisisperiode de «gezinsmodalisering» hanteert om de uitkeringen vooral te richten naar degenen die geen ander inkomen in hun gezin hebben⁵⁶.

Voor al in de werkloosheidsverzekering is het verschil in behandeling tussen «gezinshoofden» en anderen erg groot: de gezinshoofden krijgen hogere uitkeringen vanaf het tweede jaar van de werkloosheid, en alleen de zgn. «samenwonenden» vallen na een zekere tijd terug op forfaitaire mi-

⁴⁹ K.B. van 13 oktober 1971 (*Staatsbl.*, 16 oktober 1971).

⁵⁰ Waarbij mocht opgemerkt worden dat de lonen voor de vrouwen doorgaans lager waren, zodat hun uitkeringen dan toch beneden die van de mannen bleven. Zie A. SCHOOF, «De arbeidsvoorziening en de werkloosheidsuitkeringen», in: *De ontwikkeling van de Belgische wetgeving van sociale zekerheid 1970-76*, Brussel, Larquier, 1977, 190-191; H. PAS, «De vrouw als gezinshoofd in de werkloosheidsreglementering», *Oriënt.*, 1974, 19-22.

⁵¹ Wegens het feit dat de lonen voor de vrouwen in feite lager waren dan die van de mannen: Cass., 2 mei 1973, *T.S.R.*, 1973, 107, *J.T.T.*, 1973, 71.

⁵² *T.S.R.*, 1975, 43, met noot G. HÉLIN, *R.W.*, 1974-75, 353, met noot A. ALEN.

⁵³ Arrbr. Antwerpen, 26 juni 1979, *J.T.T.*, 1979, 237; anders: Arrbr. Luik, 24 sept. 1974, *J.T.T.*, 1974, 218. Zie P. SENAËVE, «Sociale zekerheid en familierecht», in *Raakvlakken tussen sociale zekerheid en andere rechtstakken*, Brussel, Larquier, 1979, dl. I, 142.

⁵⁴ K.B. 17 juni 1982, *Staabl.*, 19 juni 1982. Zie L. DECLERCO, «De gelijke behandeling van echtgenoten als persoon ten laste in de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging», *Informatieblad R.I.Z.I.V.*, 1981, 189-199.

⁵⁵ Zie A. LAURENT, «Le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale et ses limites», in European Institute of Social Security, *Structural problems of Social Security Today and Tomorrow*, EISS Yearbook 1987, Leuven, Acco, 1988, 7 e.v. C. SÆLAERT, A.G.G.D. TAGHON en J.P.M. ZEIJEN, «Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid», in D. Pieters (red.), *Europees Sociale Zekerheidsrecht*, Commentaar, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 1988, 183.

⁵⁶ *Voorstellen van de Minister van Sociale Zaken tot Hervorming van de Sociale Zekerheid*, Brussel, Ministerie van Sociale Voorzorg, mei 1983, 152 e.v.

⁴² Artt. 165 e.v. K.B. 4 nov. 1963. Zie D. SIMOENS, «Gezinslast in de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering», *Oriëntatie*, 1983, 183.

⁴³ Zie W. VAN EECKHOUTTE, *op.cit.*, 106 e.v.

⁴⁴ K.B. van 16 mei 1980.

⁴⁵ L. DECLERCO, «De gelijke behandeling van echtgenoten als persoon ten laste in de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging», *Inf.RIZIV*, 1981, 190-191.

⁴⁶ (Oud) art. 10 K.B. nr. 50 van 24 okt. 1967 betreffende de rust- en overlevingspensioenen voor werknemers. Zie P. SENAËVE, «Het gezin in het sociaal zekerheidsrecht», *R.W.*, 1981-82, 2265-2292.

⁴⁷ J. KEULEERS en G. de Broeck, «De toestand van de vrouw ten opzichte van de werkloosheidsverzekering», *B.T.S.Z.*, 1971, 1237.

⁴⁸ Commissie van Beroep inzake Werkloosheid, Franstalige Kamer, 18 juni 1968, nadien gevolgd door talrijke andere uitspraken; zie R. DILLEMANS, J. VAN LANGENDONCK en J. VAN STEENBERGE, *Handboek van Sociale Zekerheid*, Leuven, Rechtsfaculteit, 1975, 273.

nimumuitkeringen en kunnen uitgesloten worden wegens abnormaal langdurige werkloosheid⁵⁷. Na een onderzoek door de E.G.-Commissie heeft de Belgische regering de berekeningswijze van de werkloosheidsuitkeringen hervormd, zonder inhoudelijk veel te wijzigen⁵⁸. Waar vroeger de «gezinshoofden» 60% ontvingen, en de uitkering van de «alleenstaanden» (na een jaar) tot 40% verminderd werd, terwijl die voor de «samenwonenden» met nog eens 5% verminderd werd, en na langere tijd op een forfaitair minimum terugviel, wordt de uitkering van de «alleenstaanden» nu bepaald op 35% (na verloop van tijd te verminderen tot een forfaitair minimum), met een verhoging van 5% voor de «alleenstaanden», en van 20% voor de «gezinshoofden». Aan de definitie van de verschillende categorieën is nauwelijks iets veranderd. Nog steeds bestaat de laagste categorie hoofdzakelijk uit vrouwen. Alleen kan nu op formele gronden geargumenteed worden dat niet meer tegen de vrouwen gediscrimineerd wordt, maar vóór de mannen... Men kan zich ernstig de vraag stellen of de Europese Commissie hiermee vrede kan nemen.

Deze discriminatie komt zo mogelijk nog sterker tot uiting in de behandeling van de langdurig werklozen. De werkloosheidsreglementering voorziet in de mogelijkheid om het recht op uitkeringen van werklozen te schorsen wanneer hun werkloosheid abnormaal langdurig is. Deze weinig sympathieke regeling is de jongste jaren herhaaldelijk gewijzigd⁵⁹, maar door alle wijzigingen heen heeft zij één kenmerk behouden: zij treft hoofdzakelijk vrouwen⁶⁰. Deze verschillende behandeling berust op de toepassing van een criterium dat gebaseerd is op het gezin. De schorsing is nl. alleen van toepassing op «samenwonenden», die na verloop van tijd terugvallen op de forfaitaire minimumuitkering, waarvan wij hierboven reeds vermeldde dat het bijna uitsluitend vrouwen zijn. Strijdigheid met de Europese richtlijn ligt hier dus voor de hand, en zal allicht spoedig tot een veroordeling voor het Hof van Justitie van de E.G. moeten leiden.

D. Wettig en feitelijk gezin

In de lijn van de discriminatie tussen mannen en vrouwen ligt die tussen *feitelijke* en *wettige gezinnen*, hoewel zij inhoudelijk van een heel andere aard is⁶¹.

Oudere sectoren van het sociale-zekerheidsrecht, zoals de arbeidsongevallen en de beroepsziekten en de pensioenregelingen bepalen nog het gezin op grond van het instituut van het huwelijk, en houden geen rekening met de feitelijke

gezinnen⁶². Dit leidt ertoe dat uitkeringen toegekend worden aan feitelijk gescheiden echtgenoten van overleden werknemers, die sinds lang niets meer met de overledene te maken hadden, terwijl de feitelijke partner, die met hem een gezin vormde waarin zijn loon nu verloren gaat, geen bescherming geniet. Het ziet er niet naar uit dat voor deze sectoren de wil aanwezig is om hieraan iets te verhelpen. In het rapport van de Koninklijke Commissie voor de hervorming van de sociale zekerheid (commissie-Dillemans) wordt de overlevingsrente bij arbeidsongeval of beroepsziekte, en het overlevingspensioen nog steeds uitsluitend aan de wettig gehuwde weduwe of weduwnaar toegekend⁶³. Sinds het bekende «Marckx»-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens⁶⁴ mag men aannemen dat onderscheid tussen het wettig en het feitelijk gezin ontoelaatbaar is, ook op het vlak van de sociale-zekerheidsuitkeringen. Men kan zich dan ook afvragen of geen hervormingen nodig zullen zijn op deze punten⁶⁵.

De modernere sectoren gaan daarentegen wel uit van een «feitelijk» gezinsbegrip i.p.v. het «wettig» gezin⁶⁶. De oorsprong hiervan kan gezocht worden bij de wet op het bestaansminimum van 1974, die de categorie van de «samenwonenden» invoerde, naast die van de samenwonende gehuwden, om te beletten dat ongehuwd samenwonenden méér ontvangen dan gehuwden⁶⁷. Kort nadien verscheen de categorie van de samenwonenden in de werkloosheidsregeling en in de ziekte- en invaliditeitsverzekering, en werd het begrip «gezinshoofd» er zo omgevormd dat feitelijke en wettige gezinnen er op gelijke voet werden geplaatst⁶⁸.

Toch zijn er nog enkele discriminaties overgebleven⁶⁹. Recent is er zelfs nog een bijgekomen, met de «bijzondere bijdrage voor de alleenstaanden en de kinderlozen», die slechts eenmaal verschuldigd is in de wettige gezinnen, maar die eventueel tweemaal betaald moet worden door de feitelijk samenwonenden⁷⁰.

III. Onderscheid naar de leeftijd

Een wat vergeten discriminatie is die naar de leeftijd. Zij kan in verschillende richtingen gaan: men kan discrimineren tegen de ouderen of tegen de jongeren. In feite gaat het vaak om een zelfde discriminatie; namelijk die van de sterke middengroep en de beroepsbevolking tegen de marginalen die ofwel die groep nog moeten intreden, ofwel hem verlaten hebben of op het punt staan om hem te verlaten.

⁶² P. SENAËVE, «Het gezin in het sociaal zekerheidsrecht», *loc.cit.*

⁶³ Zie *Voorontwerp van Wetboek Sociale Zekerheid*, art. 537, en bijlage, artt. 16-18, in *Koninklijke Commissie Sociale Zekerheid*, Antwerpen, Kluwer, Reeks Sociaal Recht nr. 29, 1986, 267 en 292-293.

⁶⁴ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 13 juni 1979, Raad van Europa, Griffie van het Hof, *Publications de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Serie B, 29.

⁶⁵ A. HEYVAERT en H. WILLEKENS, *Beginnelen van het gezins- en familierecht na het Marckx-arrest*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 77.

⁶⁶ N. JEANMART, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Brussel, Larcier, 1975, 12.

⁶⁷ P. SENAËVE, *De bestrijding van de armoede in België*, Leuven, Acco, 293.

⁶⁸ W. VAN EECKHOUTTE, *op.cit.*, 341-342.

⁶⁹ Zie W. VAN EECKHOUTTE, *op.cit.*, 337 e.v.

⁷⁰ K.B. nr. 36 van 30 maart 1982.

⁵⁷ Zie hierover M. DUMONT, «Du danger pour un chômeur de quitter son épouse ou d'être abandonné par elle...», *Revue régionale de droit*, 1983, 17, en R. VAN DER STEICHELE, «La travailleuse salariée et le chômage», *R.B.S.S.*, 1981, 221.

⁵⁸ 3 K.B.'s van 8 aug. 1986, *Staatsbl.*, 27 aug. 1986. Zie P. PALSTERMAN, «Le taux des allocations de chômage à partir du 1er octobre 1986», *Soc.Kron.*, 1986, 291.

⁵⁹ Ten slotte geheel vervangen bij K.B. 30 dec. 1986 (*Staatsbl.*, 29 jan. 1987, *err. Staatsbl.*, 7 maart 1987), reeds opnieuw gewijzigd bij K.B. 28 juli 1987 (*Staatsbl.*, 7 aug. 1987).

⁶⁰ Zie B. GRAULICH en M. NÈVE, «Abnormaal lange of frequente werkloosheid», in *Sancities in de werkloosheid*, vooral 72-74.

⁶¹ Zie hierover o.m. P. GRILLET, «Is er bevoorrechtiging van het concubinaat ten opzichte van het huwelijk?», *Jura Falconis*, 1985-86, 366.

In sommige sociale-zekerheidswetten komen voorwaarden van leeftijd voor, die niet noodzakelijk als een discriminatie moeten worden beschouwd. Uiteraard is het begrip kind in de kinderbijslagen aan een bepaalde leeftijd gebonden, terwijl ook de toekenning van het ouderdomspensioen vasthangt aan het bereiken van een bepaalde leeftijd. Dit zijn functionele bepalingen die verband houden met het doel zelf van de regeling.

Minder evident is het verbinden van de toekenning van het overlevingspensioen voor een weduwe ⁷¹ aan een bepaalde leeftijd. Het recht gaat in wanneer hij of zij 45 jaar oud is, tenzij hij/zij het bewijs levert van een blijvende arbeidsongeschiktheid van ten minste 66% of van het feit dat hij/zij een kind opvoedt (art. 16, K.B. nr. 50 van 24 oktober 1967). Waarschijnlijk gaat de wetgever ervan uit dat de reclasingsmogelijkheden van een weduwe, hetzij door de arbeid, hetzij door een tweede huwelijk, verminderen met de leeftijd ⁷². Men kan zich afvragen op welke objectieve gegevens deze regeling gebaseerd kan zijn. Gaat het om de kans op hertrouwen, dan is 45 jaar allicht te laag gesitueerd; gaat het om reclasering op de arbeidsmarkt, dan zou de leeftijd heel wat lager geplaatst moeten worden. In ieder geval zou rekening moeten worden gehouden met de reële reclasingsmogelijkheden, en niet met een leeftijdsnorm als vage indicatie hiervan.

In de arbeidsongevallenregeling liggen de zaken anders. Hier krijgt de weduwe of weduwnaar recht op overlevingsrente, ongeacht haar of zijn leeftijd ⁷³. Hoe men deze regeling ook moge beoordelen, het feit alleen van de verschillende behandeling van overlevende echtgenoten naar gelang van de verzekeringstak waaronder zij ressorteren, moet vraagtekens oproepen. De reclasingsmogelijkheden van een overlevende echtgenoot worden wel niet beïnvloed door de oorzaak van het overlijden.

In de recentere maatregelen op het gebied van de werkloosheid en de tewerkstelling, gebonden aan de economische crisis ⁷⁴, is een alarmerende trend in de richting van onderscheid en zelfs discriminatie tussen de jongeren en ouderen merkbaar.

Dit gaat in meerdere, onderling tegenstrijdige richtingen. Jonge afgestudeerden beneden de 25 jaar worden in hun groep geprivilegieerd met een «gratis» recht op werkloosheidsuitkeringen, zonder dat zij ooit gewerkt hebben. Dit recht werd toegekend na de studentenrellen van mei 1968, en nadien behouden, zij het in een afgezwakte vorm ⁷⁵.

Voor jeugdige werklozen beneden de dertig jaar worden allerlei bijzondere mogelijkheden van tewerkstelling opengesteld. Vooral moet hier gewezen worden op het K.B. nr. 230 van 21 december 1983, dat de huidige regeling inhoudt

van de zgn. stages voor jongeren. Deze betreffen jongeren beneden de dertig jaar die nog geen beroepsactiviteit hebben uitgeoefend ⁷⁶, en die tijdelijk aan de slag kunnen in overheidsadministraties en in ondernemingen die ten minste vijftig werknemers tewerkstellen. De werkgevers worden verplicht 3% stagiaires aan te nemen boven hun gewone personeel ⁷⁷, en zij moeten ze 90% van het normale loon betalen. Deze verplichting maakt dat werkgevers zich nauwelijks nog interesseren voor sollicitanten die de stageleeftijd voorbij zijn of die vroeger reeds gewerkt hebben. Een verplichting die des te opmerkelijker is, wanneer men weet welk belang in België gehecht wordt aan de vrijheid van aanwerving van de werkgevers. Dit blijkt o.m. uit het feit dat de al dertig jaar oude wettelijke verplichting om een bepaald percentage gehandicapten aan te nemen praktisch dode letter is gebleven ⁷⁸. Wat men niet wou doen voor gehandicapten, wou men wel doen voor jongere, maar niet voor andere werkzoekenden.

Deze bevoordeling van de jongeren werd nog verder onderstreept door enkele maatregelen inzake sociale-zekerheidsbijdragen, vervat in hetzelfde K.B. nr. 230, die erop gericht zijn de aanwerving via het stagestatuut aan te moedigen. De eerste maatregel bestaat erin dat het loon van de stagiair in het eerste jaar van zijn tewerkstelling na afloop van zijn stage beperkt mag worden tot 90% van het normale tarief; dit brengt uiteraard ook mee dat de bijdragen op slechts 90% van het normale loon moeten worden berekend. De tweede maatregel betreft het tweede jaar van de tewerkstelling, waarin het normale loon wordt betaald: in dat tweede jaar zal de werkgeversbijdrage met 10% verminderd worden.

Verder organiseert de wet een bijzondere tewerkstellingsvorm, die genoemd wordt «alternerende tewerkstelling en opleiding voor jongeren tussen 18 en 25 jaar» (K.B. nr. 495

⁷⁶ Als zodanig worden beschouwd degenen die nog geen zes maanden beroepsactiviteit hebben, of die sinds hun laatste arbeid minstens twee jaar werkloos zijn geweest.

⁷⁷ Het Vlaamse decreet vermeldt niet de verplichting van werkgevers om een zeker aantal gehandicapten tewerk te stellen. Dit is een materie waarover de gemeenschappen niet bevoegd zijn. Op dit punt is het oude art. 21 van de wet van 16 april 1963 blijven bestaan. Het heeft slechts uitvoering gekregen voor zover het de openbare besturen betreft; wat de particuliere ondernemingen betreft, vereist dit artikel een advies van het paritair comité voor iedere bedrijfstak, vooraleer de Koning het aantal tewerk te stellen minder-validen bepaalt. Met deze adviezen maken de paritaire comités bijzonder weinig haast.

⁷⁸ Het decreet van de Vlaamse Raad van 27 juni 1990 tot oprichting van het «Vlaams Fonds voor de Sociale Integratie van Personen met een Handicap» (*Staatsblad*, 8 augustus 1990) vermeldt niet de verplichting van werkgevers om een zeker aantal gehandicapten tewerk te stellen. Dit is een materie waarvoor de gemeenschappen niet bevoegd zijn. Op dit punt is het oude art. 21 van de wet van 16 april 1963 betreffende de sociale reclasering van minder-validen blijven bestaan. Het heeft slechts uitvoering gekregen voor zover het de openbare besturen betreft (Rijksbesturen: K.B. 11 aug. 1972; parastatalen: K.B. 5 jan. 1976; O.C.M.W.'s: K.B. 6 maart 1978; R.T.T.: K.B. 23 mei 1984. Zie F. MORISSENS, «Tewerkstelling van minder-validen in de rijksbesturen», *T.B.P.*, 1977, 112); wat de particuliere ondernemingen betreft, vereist dit artikel een advies van het paritair comité voor iedere bedrijfstak, vooraleer de Koning het aantal tewerk te stellen minder-validen bepaalt. Met deze adviezen maken de paritaire comités bijzonder weinig haast.

⁷¹ Of voor een weduwnaar: gelijkstelling van mannen en vrouwen sinds de wet-Mainil van 15 mei 1984.

⁷² Zie hierover C. ANNOYE, «La pension de retraite et de survie et l'indemnité d'adaptation dans le régime des travailleurs salariés», *J.T.T.*, 1976, 21.

⁷³ Art. 12 Arbeidsongevallenwet.

⁷⁴ Zie hierover *Crisiswetgeving en sociale zekerheid*, Kluwer, Antwerpen, Reeks Sociaal Recht nr. 7, 1980.

⁷⁵ Zie D. DOCQUIR, «L'admission des anciens étudiants au bénéfice des allocations de chômage», *J.T.T.*, 1976, 213; D. SIMOENS, «Werkloosheids- en wachttuitkeringen voor schoolverlaters», *R.W.*, 1982-83, 1025.

van 31 december 1986), met vrijstelling van werkgeversbijdragen ⁷⁹. In dezelfde zin gaat het — kwantitatief veel minder belangrijke — K.B. nr. 499 van 31 december 1986, dat een bijzondere begunstiging wil organiseren voor jongeren tussen 18 en 25 jaar die geen toegang hebben tot de arbeidsmarkt en ook niet gerechtigd zijn op werkloosheidsuitkeringen of wachtgeld als jonge afgestudeerden ⁸⁰.

In beide gevallen gaat het om vrij radicale afwijkingen van algemeen geldende sociaalrechtelijke regels ten voordele van een bepaalde groep jongeren wier toestand van werkloosheid als bijzonder problematisch wordt ervaren. Dezelfde bijdragevrijstellingen worden niet toegekend voor oudere werklozen die even weinig (of nog minder) kansen hebben op de arbeidsmarkt. Dit verschil in behandeling zou nog verdedigbaar kunnen zijn, wanneer die maatregelen de tewerkstellingskansen van de bedoelde jongeren aanmerkelijk konden verbeteren. Dit is echter niet het geval. De maatregelen zijn van een bijna pathetische inefficiëntie. Daarmee is ook elk excuus voor deze ongelijke behandeling verdwenen, en moet zonder meer gesproken worden van een openlijke discriminatie.

Anderzijds bestaat in de werkloosheid ook een vorm van discriminatie ten voordele van de oudere werklozen. Hij werd recent ingevoerd ⁸¹ onder de benaming «anciënniteitsbijslag», en is van toepassing op werknemers, die minstens vijftig jaar oud zijn, wier arbeidsovereenkomst beëindigd is na minstens twintig jaar loondienst (met inbegrip van gelijkgestelde periodes), en die geen aanspraak kunnen maken op een bruggpensioen.

De uitkering is verschillend voor gerechtigden met personen ten laste (gezinshoofden) en voor andere. Voor een gezinshoofd gaat het om een forfaitair bedrag van 34 fr. per dag indien zij tussen 50 en 55 jaar oud zijn, en van 41 fr. per dag indien zij 55 jaar of ouder zijn. Voor de andere gerechtigden zijn het percentages: voor alleenstaanden is het supplement gelijk aan 12,5% van het gemiddeld dagloon, voor de anderen (samenwonenden) is het 7,5% ⁸².

Achteraf is ook nog een anciënniteitstoeslag toegekend aan de samenwonenden die na verloop van tijd op een forfaitaire minimumuitkering gezet zijn: deze wordt verhoogd met 29 fr. wanneer zij tussen 50 en 55 jaar oud zijn, en met 43 fr. boven de 55 jaar (K.B. 17 januari 1990).

Zoals men ziet, gaat het niet om enorme bedragen. Toch blijft het opmerkelijk en moeilijk verdedigbaar dat een verhoging van uitkering toegekend wordt aan langdurig werklozen boven een bepaalde leeftijd, en niet aan andere die zich in dezelfde objectieve situatie bevinden en dezelfde behoeften hebben.

Maar oudere werklozen worden achteruitgesteld tegenover hun leeftijdsgenoten die aan het werk zijn, doordat zij niet in aanmerking komen voor de bijzondere voordelen die aan oudere werknemers worden toegekend, zoals bruggpensioenen en brugrustpensioenen. Misschien is de anciënniteitstoeslag te zien als een soort van compensatie hiervoor.

⁷⁹ Zie R. DE WOLF, «K.B. nr. 495; alternerende tewerkstelling en opleiding», *Oriëntatie*, 1988, 122-128.

⁸⁰ Zie hierover C. PERSYN, *Volmachten en Sociale Zekerheid 1986-1987*, 248.

⁸¹ K.B. van 13 januari 1989.

⁸² Aldus gewijzigd bij K.B. 29 januari 1991.

Maar deze compensatie zou dan wel miniem en totaal onaangepast zijn.

Niet rechtstreeks gebaseerd op de leeftijd maar toch op de geboortedatum is een ander soort van discriminatie dat de jongste tijd de kop opsteekt: dat tussen personen die wel en niet gebruik kunnen maken van bepaalde tijdelijke maatregelen.

Deze problematiek is typisch voor de crisiswetgeving, die veel gebruik maakte van tijdelijke maatregelen, bedoeld om een einde te nemen wanneer de crisistoestand zou zijn opgeheven ⁸³. Deze tijdelijke maatregelen waren soms van zeer vergaande aard, in het opleggen van extra lasten of het verlenen van extra voordelen, die van toepassing waren op personen die hun activiteiten op bepaalde tijdstippen uitoefenden, maar niet op degenen die tevoren of erna kwamen. Dit is een ernstig probleem van gelijke behandeling in de tijd.

Het typevoorbeeld is dat van de bruggpensioenen: bijzonder gunstige voorwaarden voor werkloosheidsuitkering, en aanzienlijke supplementen bij deze uitkeringen, voor (manelijke) werknemers, ontslagen na hun 60e levensjaar. Dit werd ingevoerd wegens de economische crisis, bij de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 17, gesloten in de nationale arbeidsraad op 19 december 1974, en algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 16 januari 1975. Werknemers die in de jaren voordien de leeftijd van zestig jaar bereikt hadden, konden er dus uiteraard het genot niet van hebben. Dat kon ook als normaal beschouwd worden: zij hadden nog niet te lijden onder de crisis.

Maar spoedig gingen verschillende bedrijfstakken ertoe over soortgelijke voordelen toe te kennen aan ontslagen werknemers op jongere leeftijd. Zij konden wel het supplement ontvangen van hun werkgever, maar niet de gunstige voorwaarden voor de werkloosheidsuitkering, tenzij de reglementering in die zin werd aangepast. En dat is ook gebeurd. De reglementering heeft in dit opzicht een ware St.-Vitusdans opgevoerd, met voortdurende versoepelingen, verstrengingen, en veranderingen van de voorwaarden ⁸⁴, telkens met overgangsmaatregelen, waardoor voortdurend werknemers van bepaalde bedrijfstakken, met bepaalde c.a.o.'s, gesloten vóór of na bepaalde data, niet of juist wel

⁸³ Men mag opmerken dat een aantal hiervan ondanks alle plechtige verklaringen mettertijd een permanent karakter hebben gekregen. Men denke bv. aan de bijzondere bijdrage voor de inkomens boven de drie miljoen frank die werd ingevoerd bij K.B. nr. 55 van 16 juli 1982, dat sprak van een «bijzondere eenmalige bijdrage», maar die sindsdien van jaar tot jaar werd verlengd en op de duur bestendig. Hetzelfde kan gezegd worden van de «bijzondere en tijdelijke bijdrage ten laste van de alleenstaanden en van de gezinnen zonder kinderen» ingevoerd bij K.B. nr. 36 van 30 maart 1982. Dit K.B. stelde deze maatregel als tijdelijk voor, zelfs als een «voorheffing op de personenbelasting, zoals deze in het kader van de hervorming van de personenbelastingen in 1983 zal worden doorgevoerd». Maar het K.B. nr. 129 van 30 dec. 1982 verlengde de regeling voor het jaar 1983, en het K.B. nr. 282 van 1 maart 1984 heeft er een regeling voor onbepaalde tijd van gemaakt.

⁸⁴ Te beginnen met het K.B. 19 dec. 1980 voor de bouwnijverheid en het K.B. 18 juni 1981 voor de textielnijverheid, gevolgd door het meer algemene K.B. van 18 juli 1983, verstrengd bij K.B. van 1 febr. 1984, weer gewijzigd bij K.B. 15 juli 1985 en K.B. 30 aug. 1985, en met een «definitieve regeling» bij K.B. 20 augustus 1986, opnieuw beperkt bij K.B. 12 januari 1989, aangepast bij K.B. 27 september 1989, en weer volledig herschreven bij K.B. 16 nov. 1990.

onder de regeling vielen. De brugpensioenen kregen iets van een loterij⁸⁵. De gelijke behandeling tussen oudere werknemers die op verschillende tijdstippen ontslagen werden, was hierbij wel erg ver te zoeken.

Een soortgelijke toestand is gecreëerd door de instelling van het «brugrustpensioen»⁸⁶. Ook dit was een tijdelijke maatregel, ingevoerd in crisistijd om de tewerkstelling te bevorderen⁸⁷. Het dateert van een K.B. nr. 95 van 28 september 1982, dat slechts tijdelijke uitwerking zou hebben, maar dat van jaar tot jaar verlengd werd. Uiteindelijk is dit stelsel, zoals eerder reeds gezegd is, opgeheven bij de inwerkingtreding van de wet van 20 juli 1990 op de zgn. «flexibele pensioenleeftijd».

Waarin ligt hier de ongelijke behandeling? Zij is gebaseerd op de geboortedatum van de verzekerde, een element dat inzake rustpensioen van fundamenteel belang is. Wie vóór een bepaalde datum geboren is, kan nog het gratis voordeel genieten dat het brugrustpensioen biedt (kosteloze⁸⁸ creditering van de vijf laatste loopbaan jaren, terwijl men reeds het volledige pensioen geniet), terwijl wie het ongeluk heeft nadien geboren te zijn van dit voordeel verstoken blijft.

De mythe dat inzake sociale zekerheid verkregen rechten onaantastbaar zijn, krijgt in deze materie wel een flinke knauw. Nu is die mythe misschien niet zo waardevol op zich. Wat echter wel waardevol is, is het principe van de gelijke behandeling van de burgers voor de wet. Wanneer twee verzekerden identiek dezelfde arbeid gepresteerd en bijdragen betaald hebben, en de ene verjaart één dag eerder of later dan de andere, dan zou hierin geen grond gevonden mogen worden om hen verschillend te behandelen inzake recht op prestaties.

IV. Onderscheid naar professionele categorieën

Een discriminatie waaraan in dit verband weinig wordt gedacht, is die tussen personen die tot een verschillende beroepsgroep behoren. Men is eraan gewoon geworden dat de sociale zekerheid andere regelen heeft voor industriearbeiders, mijnwerkers, zeelieden, zelfstandigen, landbouwers, overheidspersoneel en diverse bijzondere beroepen⁸⁹. De bijdragen zijn verschillend voor gewone werknemers, mijnwerkers, zeelieden, zelfstandigen en overheidspersoneel. Bij de zelfstandigen is er bovendien een onderscheid te maken tussen gewone zelfstandigen en landbouwers, omdat de bij-

drageregeling op de fiscale aangifte is gebaseerd, die bij de landbouwers bijzondere forfaitaire regelingen inhoudt. Bij de zelfstandigen wordt verder nog onderscheid gemaakt naargelang het gaat om een hoofd- of een bijberoep, en naargelang dit beroep uitgeoefend wordt vóór of na de pensioenleeftijd⁹⁰.

Voor de uitkeringen wordt in de meeste sectoren onderscheid gemaakt ten minste tussen de werknemers van de particuliere sector, de zelfstandigen, het overheidspersoneel, en vaak nog ten aanzien van een aantal bijzondere groepen, zoals mijnwerkers, zeelieden, piloten van de luchtvaartmaatschappijen, deeltijdse arbeiders, huisarbeiders en seizoenarbeiders, enz. Bij het overheidspersoneel bestaat zelfs een onoverzienbare massa van bijzondere statuten voor alle mogelijke types van personeel, zoals dat van de rijksdiensten, de provincies, de gemeenten, het leger, de rijks-wacht, diverse parastatalen, de magistratuur, het Rekenhof, de Nationale Maatschappij voor Belgische Spoorwegen, enz.⁹¹.

De historische oorsprong van al die verschillende stelsels is duidelijk aan te tonen⁹². Dit betekent daarom niet dat zij verantwoord zijn. De vraag kan rijzen of het toelaatbaar is dat de overheid een systeem van sociale bescherming organiseert waarbij de ene beroepsgroep meer moet betalen om dezelfde uitkeringen te krijgen of minder uitkeringen krijgt voor dezelfde bijdragen in vergelijking met een andere? Meer en meer wordt een dergelijke situatie als een onduidelbare discriminatie van de hand gewezen.

Door de betere informatie, het hoger opleidingsniveau en de betere professionele organisatie zijn de verschillende beroepsgroepen mettertijd beter op de hoogte geraakt van de verschillen tussen hun sociaal statuut en dat van vergelijkbare andere categorieën, meer bepaald wat de inspanning van de overheid ten gunste van de verschillende groepen betreft. De roep om «sociale pariteit» werd vanaf de jaren vijftig steeds sterker⁹³. Bij de zelfstandigen leidde dit tot de oprichting van een commissie die een «sociaal statuut van de zelfstandigen» moest bestuderen, dat zo goed mogelijk de gelijkberechtiging met de werknemers moest realiseren⁹⁴.

⁹⁰ Zie, voor een gedetailleerde beschrijving, Rijksdienst voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen, *Het sociaal statuut der zelfstandigen*, Brussel, R.S.V.Z., 1991, 212 blz.

⁹¹ I. VAN CLEMEN, «De sociale zekerheid in de overheidssector», *De ontwikkeling van de Belgische wetgeving van sociale zekerheid 1970-1976*, Antwerpen, Kluwer, 1976, Reeks Sociaal Recht nr. 13, 353 e.v.; R. JANVIER, *Sociale bescherming van het overheidspersoneel*, Brugge, Die Keure, 1990, 2 vol.

⁹² Zie S.H. SCHOLL (red.), *Honderdvijftig jaar katholieke arbeidersbeweging in België 1789-1939*, Brussel, Arbeiderspers dl. I, 1963, dl. II, 1965 en dl. III, 1966; J.A. VAN HOUTTE, *Economische en sociale geschiedenis van de lage landen*, Antwerpen, Standaard, 1964, 366 blz.; N. DEVOLDER, *Sociale geschiedenis van België*, Mechelen, St.-Franciscusdrukkerij, 1965, 2 dln., 517 blz.; A. CORDY, «De grote ontwikkelingsstadia van de sociale wetgeving (1866-1966)», *B.T.S.Z.*, 1967, 929-951; L. FRANÇOIS, *Le droit social et ses origines*, Luik, Pres. Univ. Ig., 74 blz.; B.S. CHLEPNER, *Cent ans d'histoire sociale en Belgique*, Brussel, Ed. Univ. Brux., 1972, 444 blz.

⁹³ J.M. BERGER, *Le droit social du travail indépendant*, Brussel, Larcier, 1973, 207.

⁹⁴ Zie hierover A. DE CLERK, «Het sociaal statuut der zelfstandigen», *B.T.S.Z.*, 1962, 513; A. LAVENS, «Problemen van sociale ver-

⁸⁵ Zie L. VAN AVERBEKE, «Het conventioneel brugpensioen en werkloosheidsreglementering: zesde episode», «Episode zes bis», en «zevende episode», *Oriëntatie*, 1987, 205-210, 258-260, en 1988, 249-264.

⁸⁶ Te onderscheiden van het hierboven besproken brugpensioen: het brugrustpensioen is een vervroegd pensioen, terwijl het gewone brugpensioen een verhoogde werkloosheidsuitkering is. Zie R. MASYN, «Pensioenen werknemers», in *Recente ontwikkelingen van de sociale zekerheid 1980-1986*, Antwerpen, Kluwer, 1987, Reeks Sociaal Recht nr. 31, 551.

⁸⁷ Zie D. SIMOENS, «Verlaging van de pensioenleeftijd, juridische aspecten», in *Verlaging van de pensioenleeftijd*, Antwerpen, Kluwer, 1983, Reeks Sociaal Recht nr. 20, 23 e.v.

⁸⁸ Mits de werkgever belooft de betrokkene door een werkloze te vervangen.

⁸⁹ Zie, voor een volledige beschrijving van de verschillen, Ministerie van Sociale Voorzorg, *Beknopt overzicht van de sociale zekerheid*, Brussel, Min. s.v., 1990.

De laatste jaren is dan ook een duidelijke tendens tot harmonisering van de stelsels waar te nemen. De terugbetaling van de gezondheidszorgen en de berekening van de gezinsbijslagen is nu reeds praktisch gelijkgeschakeld voor alle professionele categorieën (in beide gevallen met een zekere achterstand voor de zelfstandigen, hoofdzakelijk om financiële redenen⁹⁵). Ook in de sector van de pensioenen is een duidelijke toenadering aan te wijzen. De regelen betreffende de stopzetting van de arbeid en de toegelaten arbeid zijn in alle pensioenstelsels gelijk gemaakt⁹⁶. De berekening van de pensioenloopbaan is dezelfde geworden voor werknemers en zelfstandigen⁹⁷.

Toch blijven nog opvallende discriminaties bestaan, die mettertijd minder en minder aanvaardbaar worden, en die als strijdig beschouwd kunnen worden met het gelijkheidsartikel 6 van de Grondwet.

De uitkeringen bij arbeidsongeval, die duidelijk gunstiger zijn (vooral in hun cumulatierregelen) dan die bij een gewoon ongeval (idem voor een beroepsziekte tegenover een gewone ziekte) zijn niet toegankelijk voor zelfstandigen⁹⁸. Toch kan er weinig twijfel aan bestaan dat ook zelfstandigen het slachtoffer kunnen zijn van ongevallen of ziekten in de uitoefening van hun beroep. Indien men het nodig oordeelt de verzekering tegen die risico's voor de werknemers en de ambtenaren te socialiseren⁹⁹, dan behoort men op dit punt de zelfstandigen gelijk te behandelen en tot dezelfde verzekering toegang te geven.

De arbeidsongeschiktheidsuitkeringen voor zelfstandigen zijn nog steeds forfaitaire bedragen, op een niveau dat in heel wat gevallen beneden dat van het bestaansminimum ligt¹⁰⁰. Men kan niet inzien waarom de berekeningswijze van die uitkeringen niet proportioneel zou worden gemaakt aan het bedrijfsinkomen waarop de bijdragen zijn betaald, zoals dit sinds de wet-Mainil voor de pensioenen is gedaan. Eindelijk zouden dan invalide zelfstandigen tot een min of meer aanvaardbaar sociaal statuut kunnen komen.

Verder bestaat er geen werkloosheidsregeling voor zelfstandigen noch voor overheidspersoneel. Dat zelfstandigen ook door het risico van werkloosheid bedreigd worden, hoeft in een land met 4000 faillissementen per jaar nauwelijks onderstreept te worden. Dat een dergelijke verzekering ook technisch mogelijk is, heeft Danny Pieters overtuigend aangetoond, tegen een overheersende opinie in¹⁰¹. In feite bestaat ze ook al, voor een beperkte groep van zelfstandigen, die tevoren rechten opgebouwd hadden in het stelsel van de werknemers, en deze activiteit onderbroken hadden om zich als zelfstandige te gaan vestigen¹⁰². Het lijkt moeilijk verantwoordbaar alleen die zelfstandigen, en niet degenen die de omgekeerde weg gaan, nl. als zelfstandige beginnen en na een mislukking hierin overstappen naar het werknemersstatuut, werkloosheidsuitkeringen te laten genieten.

Nog minder populair is de idee van een werkloosheidsregeling voor de overheidssector, waarin immers «vastheid van betrekking» heerst. Toch bestaat ook hier een werkelijk werkloosheidsrisico. Ambtenaren kunnen ontslagen worden om disciplinaire redenen, die soms politieke consonanties kunnen hebben. Zij kunnen «ter beschikking gesteld worden» bij opheffing van hun dienst, waarbij zij na een tijd een vergoeding ontvangen die opvallend veel lijkt op een werkloosheidsuitkering. En zij moeten de mogelijkheid hebben op eigen initiatief hun dienst te verlaten, zonder daarom hun bestaansmogelijkheid voor de rest van hun leven in het gedrang te brengen. Art. 1780 van het Burgerlijk Wetboek, dat de afschaffing van de slavernij inhoudt, moet ook in werkelijkheid kunnen gelden voor het overheidspersoneel. En bovendien zou het geen kwaad doen de ambtenaren en het vast benoemd onderwyzend personeel, die weinig werkloosheidsrisico lopen, in te schakelen in de algemene solidariteit die georganiseerd wordt door de werkloosheidsverzekering¹⁰³.

De pensioenen voor werknemers liggen veel hoger dan die voor de zelfstandigen, ondanks de harmonisatie door de wet-Mainil. De oorzaak hiervan is te vinden in de toepassing, op het bedrijfsinkomen dat als basis dient voor de pensioenberekening, van een coëfficiënt die de verhouding weergeeft tussen de bijdragen die zelfstandigen en de werknemers betalen voor hun respectieve pensioenstelsels. De bedoeling is dat «1 frank betaald door een zelfstandige hetzelfde pensioen geeft als 1 frank betaald door een werknemer»¹⁰⁴. De breuk was sinds het jaar 1984 telkens vastgesteld op 8,2788/16,36, en is in 1989 veranderd, wegens de verhoging van de bijdragen (voor pensioenen) bij de zelfstandigen. Voor 1989 bedroeg zij 9,4711/16,36 (K.B. 23 oktober 1989) en voor 1990 9,0968/16,36 (K.B. 25 oktober 1990).

¹⁰¹ D. PIETERS, «Werkloosheidsuitkeringen voor zelfstandigen», in *T.S.R.*, 1984, 513.

¹⁰² K.B. 22 aug. 1983, en de daaropvolgende K.B.'s van 4 jan. 1985, 30 mei 1985 en 3 juni 1985.

¹⁰³ Dit zou een meer zinvolle inschakeling zijn, dan de fameuze «solidariteitsbijdrage van de openbare sector», die ingesteld werd bij de «herstelwet» van 10 februari 1981.

¹⁰⁴ L. VERGAUWEN, in *Recente ontwikkelingen 1980-1986*, 571. Men kan echter wel betwijfelen of deze redenering opgaat, gezien de verschillende berekeningsbasis van de bijdragen in de regeling van de werknemers en van de zelfstandigen.

zekeringen voor zelfstandigen», in *Actuele problemen van sociaal recht*, Antwerpen, Standaard, 1966, 233.

⁹⁵ Zie J.M. BERGER, *Le droit social du travail indépendant*, Brussel, Larcier, 1973, 55-60; J. DEGADT, «Bijdragen en gezinsbijslagen voor zelfstandigen», in *Recente ontwikkelingen van de sociale zekerheid 1975-1981*, Kluwer, Antwerpen, 1981, Reeks Sociaal Recht nr. 13, 80 e.v.

⁹⁶ L. VERGAUWEN, «Pensioenen zelfstandigen», in *Recente ontwikkelingen van de sociale zekerheid 1980-1986*, Antwerpen, Kluwer, 1986, Reeks Sociaal Recht nr. 31, 569 e.v.

⁹⁷ P. MAINIL, *De pensioenen in België na de wet tot harmonisering*, Brussel, Ministerie van Pensioenen, 1984.

⁹⁸ In principe zouden zij voor de beroepsziekten een vrijwillige verzekering moeten kunnen nemen (art. 3 van de gecoördineerde wetten inzake beroepsziekten, K.B. 3 juli 1970), maar hieraan is geen uitvoering gegeven.

⁹⁹ Wat niet evident is. Wij zijn er integendeel voorstander van dat deze tak van de sociale zekerheid wordt opgeheven en aan de particuliere verzekering toevertrouwd. Zie verderop.

¹⁰⁰ In 1987 bedroeg het maandbedrag van de primaire arbeidsongeschiktheidsuitkering voor zelfstandigen 14.794 fr. met gezinslast en 11.605 fr. zonder gezinslast; op datzelfde ogenblik lag het bestaansminimum op 20.895 fr. voor samenwonende echtgenoten en 15.671 fr. voor alleenstaanden (10.448 fr. voor samenwonenden); zie *Statistisch Jaarboek 1986-87 van de sociale zekerheid*, Brussel, Ministerie van Sociale Voorzorg, 1989, 202 en 302.

Dit betekent dat de bedrijfsinkomsten van de zelfstandigen langzamerhand voor een groter gedeelte in aanmerking genomen zullen worden voor de berekening van de pensioenen, maar dat de pensioenbedragen voor zelfstandigen nog voor lange tijd lager zullen blijven dan die voor werknemers. Van een discriminatie kan hier echter niet meer gesproken worden, daar het verschil in bedrag verantwoord is door een evenredig verschil in bijdrage.

Anders is het met de overheidssector. De berekeningsbasis van de pensioenen voor het overheidspersoneel is nog steeds heel verschillend, en in de meeste gevallen veel gunstiger dan in de particuliere sector. De overheidspensioenen worden berekend op basis van de weddeschaal die het personeelslid heeft bereikt aan het eind van zijn loopbaan. Dit geeft, bij stijgend niveau van vergoeding door de loopbaan heen, een veel gunstiger resultaat dan een gelijk percentage toegepast op het gemiddelde inkomen van de hele loopbaan, zoals dit in de particuliere sector gebeurt. Dit verschil in pensioenrecht kan wel degelijk als een discriminatie worden beschouwd, gezien het feit dat het niet berust op een verschil in bijdrageinspanning van de betrokkenen. Integendeel: de overheidspensioenen zijn voor het grootste deel «kosteloze» pensioenen, d.w.z. rechtstreeks door de overheid gefinancierd, zonder bijdragebetaling door de betrokkenen zelf¹⁰⁵. Op termijn is dit niet vol te houden. Men zal moeten overgaan tot de integratie van de overheidspensioenen in het stelsel dat nu geldt voor de werknemers en de zelfstandigen, met een bijkomende pensioenvoorziening ten laste van de overheid om het sociale pensioen aan te vullen tot het huidige niveau, volgens technieken die thans ook voor de werknemers worden toegepast¹⁰⁶.

De verschillen in statuut tussen werknemers, zelfstandigen en ambtenaren zijn in België zodanig in de sociale zeden verankerd, dat zij moeilijk uit te roeien zullen zijn. Zij berusten oorspronkelijk op een standenonderscheid dat tot het verleden behoort, maar zijn sindsdien vergroeid met het werkterrein van vervulde beroepsorganisaties en «sociale» instellingen, die deze standenindeling als deel van hun identiteit zien. Hoezeer het verschil in behandeling ook als onterecht mag worden ervaren, toch zal het heel wat moeite kosten om het ongedaan te maken, en om hiervoor steun te vinden bij de betrokkenen zelf. Het is wel tekenend dat in het verslag van de commissie-Dillemans nog steeds uitgegaan wordt van een onderscheid tussen de stelsels voor de

werknemers, voor de zelfstandigen, en voor het overheids-personeel, alsof dit een vanzelfsprekendheid zou zijn¹⁰⁷.

Conclusie

In de sociale zekerheid treft men vele terreinen aan van dispuut over al of niet gelijke behandeling van allerlei categorieën van bijdragebetalers en potentiële uitkeringstrek- kers. Wij hebben hierboven slechts enkele van de meest be- langrijke kort besproken. Wij zouden er veel meer kunnen vermelden¹⁰⁸.

Belangrijk is te zien dat gelijkberechtiging in deze materie – zoals in alle andere – geen eenvoudige zaak is. Men kan gemakkelijk zeggen dat het erin bestaat gelijke situaties ge- lijk en ongelijke situaties ongelijk te behandelen. Maar nooit zijn situaties helemaal gelijk of helemaal ongelijk. Steeds moet een keuze gemaakt worden tussen de talloze aspecten die een individueel geval kenmerken, om die eruit te selec- teren waarmee men rekening zal houden, terwijl de andere terzijde gelaten worden. In dit oordeel over wat relevant en wat niet relevant is, ligt de eigenlijke beslissing over de toe- kenning of de weigering van het recht.

Uiteraard moet dit oordeel in overeenstemming zijn met de doelstellingen van de wet. Relevant zijn beschouwingen die rechtstreeks te maken hebben met het doel dat door de wet wordt nagestreefd. Discriminatoire voorwaarden of berekeningselementen die niets te maken hebben met die doelstelling. Maar hier wringt nu precies de schoen. Wat is de doelstelling van de wet? Hoe eigenaardig dit ook moge lijken: precies inzake sociale zekerheid is dit alles behalve duidelijk. Uiteraard kan men het doel van deze wetgeving in algemene termen verwoorden als het verschaffen van so- ciale uitkeringen aan wie hier recht op heeft.

De wet inzake algemene beginselen van de sociale zeker- heid voor werknemers van 29 juni 1981 (wet-D'Hoore) heeft een poging gedaan om die doelstellingen vast te leggen in de vorm van een aantal «sociale rechten»¹⁰⁹. Deze gaan ech- ter niet verder dan een aantal algemene uitspraken, dat de verzekerden in bepaalde omstandigheden recht hebben op bepaalde uitkeringen. Een eigenlijke doelstelling wordt er

¹⁰⁵ Het overheidspersoneel betaalt wel een pensioenbijdrage van 6,5%. Deze is echter alleen bestemd voor de overlevingspensioenen, beheerd door de zgn. «Kas voor Weduwen en Wezen». Een poging om deze bijdrage om te vormen tot een soort van werknemersbij- drage voor het rust- en het overlevingspensioen is mislukt. Zie J. DE BAEDEMAER, «Pensioenen overheidssector», in *Recente ontwik- kelingen van de sociale zekerheid 1980-1986*, Antwerpen, Kluwer, 1986, Reeks Sociaal Recht nr. 31, 620-622.

¹⁰⁶ Zie M. ROTTHIERS, *De extra-wettelijke bedrijfspensioenregeling*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, De Bedrijfsbibliotheek 6, Pensioenstelsels II, 1989, 181 blz.; H. COUSY en H. CLAASSENS (red.), *Pensioenvoorzieningen en private verzekering*, Maklu, Antwer- pen - Apeldoorn, Zesde Leuvense Verzekeringsdagen, 1989, 233; European Institute of Social Security, *Complementary Protection in Social Security*, EISS Yearbook 1990, Leuven, Acco, 1991, 360 blz.

¹⁰⁷ Voorontwerp van Wetboek Sociale Zekerheid, art. 2, in *Kon- inklijke Commissie Sociale Zekerheid*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 158.

¹⁰⁸ Zo hebben wij het bijvoorbeeld niet gehad over de bijzondere statuten voor de mijnwerkers en de zeelieden, de gunstigere pen- sioenvoorwaarden voor ondergrondse mijnwerkers en voor vliegend personeel van de luchtvaart, de scherpere voorwaarden voor werk- loosheidsuitkering voor seizoenarbeiders, voor deeltijdse werkne- mers en voor gehandicapten in «beschutte» werkplaatsen, en de gunstigere voorwaarden voor «gedeeltelijke werklozen» (wier ar- beidsovereenkomst slechts geschorst is). Evenmin hebben wij ge- sproken over de bijzonder gunstige vergoedingsregeling in geval van arbeidsongeval of beroepsziekte; met haar schaduwkant: de uitslui- ting van beroep op de gemeenschappelijke aansprakelijkheid volgens art. 1382 B.W. En wij hebben ook terzijde gelaten de gevallen van discretionaire bevoegdheid van sociale-zekerheidsorganen om te oordelen of bepaalde individuele gevallen vergoed zullen worden of niet, met onvermijdelijk verschillende behandeling als gevolg, zoals bv. bepaald is voor werkloosheid die het gevolg is van een stak- ing of lock-out. En zo zouden wij kunnen doorgaan...

¹⁰⁹ Zie *Beginnelswet Sociale Zekerheid Werknemers*, Antwerpen, Kluwer, 1982, Reeks Sociaal Recht nr. 15, vooral 49 e.v.

niet in verwoord. Evenmin vindt men dit in de sterk hierop geïnspireerde bepalingen van het ontwerp van Wetboek Sociale Zekerheid, opgesteld door de Koninklijke Commissie voor de hervorming van de sociale zekerheid (commissie-Dillemans) ¹¹⁰.

Wat is het doel van de sociale zekerheid? Dient het om een minimumbescherming te bieden aan de bevolking wanneer de bestaansmogelijkheden door bepaalde omstandigheden bedreigd worden ¹¹¹? Dient zij om de door arbeid (of anderszins?) verworven levensstandaard in stand te houden wanneer deze door dergelijke omstandigheden aangetast dreigt te worden? ¹¹² Bedoelt zij de schade te vergoeden die door bepaalde schadelijke gebeurtenissen aan de mensen berokkend wordt? En zo mogelijk deze schade te voorkomen of te herstellen i.p.v. te vergoeden? ¹¹³ Dient zij om de werkende bevolking (of de gehele bevolking?) toegang te

verlenen tot een systeem van verzekering, dat rechten geeft op uitkeringen op grond van betaalde bijdragen? ¹¹⁴ Heeft zij tot doel aan inkomensherverdeling te doen tussen beter gesitueerden en meer behoeftigen? ¹¹⁵

Naargelang men het doel van de sociale zekerheid op de ene of de andere manier omschrijft, kan men bepaalde voorwaarden of berekeningsmodaliteiten als relevant beschouwen of niet. Gaat het bv. om behoeftenbevrediging, dan moeten deze behoeften in hun reële context beoordeeld worden, met inachtneming van de familiale situatie van de betrokkene. Gaat het daarentegen om een verzekeringssysteem, dan heeft alleen de bijdragebetaling en het voldoen aan de bedongen voorwaarden relevantie, en zijn voorwaarden of berekeningsmodaliteiten uit de familiale sfeer discriminerend. Heel wat fundamenteel onderzoek zal nog te verrichten zijn, en een hele maatschappelijke discussie moet nog worden gevoerd, om tot duidelijke oplossingen te komen. Allicht kunnen principiële beslissingen van het Arbitragehof op dit gebied de evolutie versnellen, en de noodzaak van dit onderzoek en deze discussie scherper stellen.

Prof. dr. J. VAN LANGENDONCK
K.U. Leuven

¹¹⁰ Zie H. DELEECK, R. DILLEMANS e.a., *Koninklijke Commissie Sociale Zekerheid*, Antwerpen, Kluwer, 1986, Reeks Sociaal Recht nr. 29, 2 e.v.

¹¹¹ Dit kan beschreven worden als de «Beveridge-opvatting» van de sociale zekerheid; zie WILLIAM BEVERIDGE, *Social Security and Allied Services*, Londen, H.M.S.O., 1942.

¹¹² Dit kan men beschouwen als de «Bismarck-opvatting» van de sociale zekerheid; zie hierover P. KÖHLER en H. ZACHER, *Beiträge zu Geschichte und aktueller Situation der Sozialversicherung*, Colloquium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht über «Ein Jahrhundert Sozialversicherung – Bismarcks Sozialgesetzgebung im internationalen Vergleich», Berlijn, Duncker & Humblot, 1983, vooral blz. 79 e.v.

¹¹³ Zie hierover J. VAN STEENBERGE, D. LAHAYE en J. VAN STEENBERGE, «Een begrippenkader voor de hervorming van de sociale zekerheid», *Soc.Kron.*, 1983, 2, 69-87, en 3, 137-171.

¹¹⁴ Men leze hierover de klassieke studie van F. NETTER, *La sécurité sociale et ses principes*, Parijs, Sirey, 1959, 415 blz., evenals E. BURNS, *Social Security and Public Policy*, New York, Mc Graw Hill, 1956, 291 blz.

¹¹⁵ H. DELEECK, *Maatschappelijke zekerheid en inkomensherverdeling in België*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1966, 345 p.

DE TOEPASSING VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN DE RECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

I. Ter inleiding

1. Het kan uiteraard niet de bedoeling zijn, binnen dit klein bestek, op een exhaustieve wijze, de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van de Raad van State in al zijn facetten en schakeringen te behandelen, of een analytisch overzicht te geven van alle desbetreffende arresten¹. Noodzakelijkerwijs beperk ik mij bijgevolg tot de meest fundamentele krachtlijnen en gegevens.

II. Enkele algemene bemerkingen

2. Het komt mij (en de objectieve commentator) voor – en dit is de meest algemene vaststelling – dat de Raad van State het gelijkheidsbeginsel altijd met de nodige voorzichtigheid, en bijwijlen zelfs met een zekere schroom, benaderd heeft. Uiteraard, mijns inziens, daar het begrip «gelijkheid» veelzijdige facetten heeft, voor velerlei interpretaties vatbaar is, zelfs een politiek begrip is, en uiteindelijk samenvalt met de (natuurrechtelijke) begrippen «rechtvaardigheid» en «billijkheid». In het volle besef dat de overheid over een beleidsvrijheid moet beschikken, komt het aan de Raad van State niet toe, via een of andere interpretatie van het gelijkheidsbeginsel, zich uiteindelijk koudweg in de plaats van de overheid te stellen. De Raad van State zal slechts dan sanctionerend optreden wanneer de overheid de verder te schetsen grenzen overschrijdt.

3. Uiteraard vereist het gelijkheidsbeginsel *niet* dat de onderdanen door de overheid aan dezelfde lasten onderworpen worden en dezelfde voordelen van de kant van de overheid genieten. M.a.w. het gelijkheidsbeginsel vereist geen absolute, feitelijke gelijkheid, maar alleen een juridische gelijkheid, hetgeen erop neerkomt dat allen die zich in dezelfde feitelijke toestand bevinden op dezelfde wijze moeten worden behandeld, en ongelijke toestanden ook ongelijk moeten kunnen worden behandeld.

4. Om het gelijkheidsbeginsel te definiëren stelt de Raad van State, hierin gevolgd door het Arbitragehof² en vrij re-

cent ook door het Hof van Cassatie³, zich op dezelfde lijn als het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest van 23 juli 1968 betreffende enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs⁴. Nu dient hier onmiddellijk te worden opgemerkt dat de aanvaarding door verschillende rechtscollages van identieke of analoge criteria kan resulteren in een ongelijke beoordeling van precies een zelfde feitelijke toestand⁵. Terecht wijst A. Alen er in dit verband op dat in een dergelijk geval rekening dient te worden gehouden met de specifieke taken en opdrachten van het desbetreffende rechtscollage⁶.

III. De algemene controle

5. Concreet gezien zal de Raad van State een verschillende behandeling tussen de rechtssubjecten slechts in overeenstemming met de juridische gelijkheid bevinden na het volgende onderzoek:

5.1. Wat de *finaliteit* van de verschillende behandeling betreft. De verschillende behandeling van de rechtssubjecten moet, op een of andere wijze, tot finaal doel hebben het algemeen belang te dienen. Uiteraard is de toetsing of een door de overheid genomen maatregel al dan niet het algemeen belang dient, een kiese aangelegenheid, aangezien gepeild dient te worden naar de intenties van de overheid en

³ Cass., 5 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 328, met concl. advocaat-generaal D'HOORE.

⁴ *R.W.*, 1968-69, 3 sq., 29: «... dat de gelijkheid van behandeling pas geschonden wordt als er voor het gemaakte onderscheid geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Het bestaan van een dergelijke rechtvaardiging moet beoordeeld worden in verband met het doel en de gevolgen van de betreffende maatregel, en rekening houdende met de in een democratische samenleving heersende principes. Een onderscheid gemaakt in de uitoefening van een bij het Verdrag vastgelegd recht moet niet alleen een wettig doel nastreven: artikel 14 wordt eveneens geschonden als duidelijk vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijs gesproken niet evenredig zijn aan het beoogde doel.»

⁵ Zo oordeelde het Hof van Cassatie in een arrest van 9 mei 1973 (*Pas.*, 1973, I, 854) dat de bepalingen van een K.B. die de mannen en vrouwen in onderscheiden categorieën indeelden en hun bijgevolg onderscheiden werkloosheidsuitkeringen toekenden, niet strijdig waren met het gelijkheidsbeginsel daar zij berustten op het feit dat het gemiddeld loon van de werknemers doorgaans lager is dan het gemiddeld loon van de werknemers. De Raad van State daarentegen was van oordeel dat precies dezelfde bepalingen ten aanzien van de werknemers «een discriminatie (hebben) ingevoerd die uitsluitend berust op hun geslacht» en daarmee het gelijkheidsbeginsel hebben geschonden (Masip, nr. 16.303 van 15 maart 1974).

⁶ «Gelijkheid en non-discriminatie in het interne recht: synthese», in *Gelijkheid en non-discriminatie. Egalité et non-discrimination*, 1991, p. 203.

¹ Zie in dit verband bijvoorbeeld: het verslag van toenmalig subtituut auditeur-generaal DUMONT in de zaak *Elsen*, arrest nr. 8180 van 27 oktober 1960; ANDERSEN, R., «L'égalité des citoyens devant la loi dans la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'annulation (1962-1972)», *R.J.D.A.*, 1973, 81 sq.; BOUTQUEY-REMION, V., *Le principe d'égalité devant la loi, généralités et applications, Jurisprudence du Conseil d'Etat de 1949 à 1975*, Louvain, Unité de droit public, 1976. Voor een meer uitgebreide behandeling van de problematiek: MARTENS, P., «Egalité et non-discrimination devant le Conseil d'Etat», in *Gelijkheid en non-discriminatie. Egalité et non-discrimination*, Antwerpen, 1991, p. 136 sq.; *Permanente Tabellen*, Rechten en Vrijheden, Gelijkheid voor de wet.

² Arrest nr. 21/89 van 13 juli 1989 (schorsingsarrest in de Biorim-zaak), *B.S.*, 21 juli 1989.

de grenzen van de opportuniteitscontrole hier bijwijken wel heel gemakkelijk overschreden kunnen worden.

In ieder geval betreft de Raad van State het criterium van het «algemeen belang» bijwijken uitdrukkelijk bij zijn onderzoek naar de finaliteit van de verschillende behandeling ⁷.

5.2. Wat de *objectiviteit* van het gehanteerde onderscheidingscriterium betreft. De Raad van State vereist dat het onderscheidingscriterium niet beïnvloed is door eigen gevoel of door vooroordelen. In deze gedachtengang krenkt een reglementaire beschikking het gelijkheidsbeginsel helemaal niet wanneer zij een rechtsregeling inhoudt voor alle Belgen die zich in dezelfde en op algemene en objectieve wijze vastgestelde toestand bevinden ⁸ en kan de Koning, zonder artikel 6 van de Grondwet te schenden, twee groepen personen die hetzelfde beroep uitoefenen, toch aan verschillende regels onderwerpen, indien ze hun beroep in verschillende omstandigheden uitoefenen, op voorwaarde dat het onderscheidingscriterium maar objectief is ⁹.

5.3. Wat de *algemeenheid* van het gehanteerde onderscheidingscriterium betreft. Algemeen is het criterium dat alle personen betreft, aan allen gemeen is, abstract is, op een onbeperkt aantal personen van toepassing is. Zo treft bijvoorbeeld elke algemene maatregel die tot beperking van een bepaalde activiteit leidt, diegenen die ze uitoefenen dikwijls in verschillende mate, wegens hun bijzondere, uit economische of andere factoren voortkomende toestand, zonder dat daarom het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden, als de maatregel maar doelt op een op abstracte wijze omschreven categorie burgers die zich in dezelfde toestand bevinden ¹⁰. Dat het criterium «algemeen» moet zijn, sluit niet uit dat een belasting die slechts door één enkele belastingplichtige wordt gedragen, in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel kan zijn ¹¹.

5.4. Wat de *pertinentie* van het gehanteerde onderscheidingscriterium betreft. In het besef dat een objectief en algemeen criterium arbitrair optreden van de overheid niet uitsluit ¹², is tevens vereist dat het onderscheidingscriterium

ook pertinent is, d.w.z. «dat het moet toelaten binnen de voor ogen hebbende doelstelling een gelijke behandeling van de betrokken rechtsonderhorigen te bereiken» ¹³. De Raad van State gaat dus steeds na of het onderscheidingscriterium, aldus omschreven, pertinent is in het kader van het beoogde doel, hetgeen moet blijken uit een nauwkeurig onderzoek van de intenties van de overheid en van de middelen die zij inzet om het beoogde doel te bereiken. Wanneer bijvoorbeeld het al dan niet verschuldigd zijn van een gemeentebelasting afhankelijk wordt gesteld van een voorwaarde die niet in kennelijk verband staat met de aard van de belasting, noch met het doel van de belastingheffing, moet het aldus gemaakte onderscheid als willekeurig worden beschouwd ¹⁴. In dezelfde gedachtengang kan de N.M.B.S. niet geldelijk bijdragen in de inschrijvingskosten van haar personeelsleden in één bepaalde school zonder een met artikel 6 van de Grondwet strijdig voorrecht te scheppen, wanneer niet blijkt dat die gunstregeling werd getroffen in het belang van de dienst en op objectieve maatstaven steunt ¹⁵.

5.5. Wat de *wettigheid* van het gehanteerde onderscheidingscriterium betreft. De Raad van State onderzoekt of het gemaakte onderscheid in behandeling wel wettig is. Zo moet uit artikel 6 van de Grondwet worden afgeleid dat, ingeval zendtijd aan de politieke partijen wordt toegekend, bij die toekenning dezelfde criteria op alle politieke partijen moeten worden toegepast, met dien verstande dat alleen zodanige, wettig toelaatbare criteria, steunend op objectieve verschillen onder de partijen, mogen worden gebruikt als relevant zijnde met betrekking tot wettig toegelaten doeleinden ¹⁶. Evenmin mag een gymnastiekvereniging door een gemeentevereeniging ervan worden uitgesloten gebruik te maken van de gemeentelijke gymnastiekzaal, op de enkele grond dat de leden van die gymnastiekvereniging een bepaalde politieke gezindheid zijn toegedaan en daarvoor uitkomen ¹⁷. Of in dit verband de Raad van State moet nagaan of een mogelijk onderscheid ook niet door een internationale norm verboden wordt, zoals het Hof van Cassatie deed ¹⁸, is twijfelachtig in het licht van de vraag of een dergelijk criterium wel iets aan de bestaande juridische constructie toevoegt ¹⁹.

5.6. Wat het *evenredigheidsbeginsel* betreft. De Raad van State eist dat tussen het aangevoerde middel en het beoogde doel een evenwicht bestaat. Een ministerieel besluit dat in het toepassingsgebied van de prijsregeling ten opzichte van de kleinhandelaars die erbij betrokken zijn, een aanmerkelijk onderscheid maakt dat noch door een technische noodzaak, noch door zwaarwegende redenen van economisch algemeen belang verantwoord blijkt, miskent het gelijkheidsbeginsel ²⁰. Het evenredigheidsbeginsel wordt bijwijken ook impliciet gehanteerd. Zo oordeelde de Raad van State dat

⁷ Bijvoorbeeld: *R.v.St.*, V.Z.W. Association des parents des élèves des écoles gardienne et primaire de l'Institut de l'enfant-Jésus, nr. 15.693 van 1 februari 1973: een K.B. dat in Brussel-Hoofdstad verschillende schoolbevolkingsnormen vastlegt voor Nederlandstalige en Franstalige scholen kan ingepast worden in artikel 6 van de Grondwet voor zover de gemaakte verschillen gegrond zijn op het algemeen belang; *R.v.St.*, L'Union professionnelle reconnue «Belgian Corporation of Flight Hostesses», nr. 28.435 van 2 september 1987: het verschil in loopbaan tussen het mannelijk en het vrouwelijk vliegend cabinepersoneel, berust niet alleen op een verschil in geslacht, maar op de evolutie van het fysiek voorkomen van de hostesses, wanneer zij veertig jaar geworden zijn, een fysiek voorkomen waarvan men veronderstelt dat het de cliënteel van de luchtvaartmaatschappijen niet zal bevallen: een dergelijk motief is niet verenigbaar met het algemeen belang.

⁸ *R.v.St.*, Belgische Staat/Cremers, nr. 6846 van 10 februari 1959.

⁹ *R.v.St.*, Association sans but lucratif Chambre syndicale des pharmaciens d'expression française, nr. 24.853 van 23 november 1984.

¹⁰ *R.v.St.*, Chambre syndicale des agences hippiques (C.S.A.H.) et consorts, nr. 19.989 van 20 december 1979.

¹¹ *R.v.St.*, Brouwerij Wielemans-Ceuppens N.V., nr. 181 van 9 december 1949.

¹² Zie de noot van P. DE VISSCHER onder *R.v.St.*, Gemeente Sint-Lenaarts, nr. 822 van 10 april 1951, *R.J.D.A.*, 1951, 204 sq.

¹³ *R.v.St.*, N.V. Dirk, nr. 38.439 van 9 januari 1992.

¹⁴ *R.v.St.*, Lemmens, nr. 10.675 van 9 juni 1964.

¹⁵ *R.v.St.*, P.V.B.A. Instituut de Toekomst, nr. 8589 van 18 mei 1961.

¹⁶ *R.v.St.*, Moulin en De Coninck, nr. 11.749 van 6 april 1966.

¹⁷ *R.v.St.*, Van Craen, nr. 16.943 van 25 maart 1975.

¹⁸ Cass., 14 januari 1976, *Pas.*, 1976, I, 538.

¹⁹ Zie LEROY, M., «Sur la frontière entre distinction admissible et discrimination prohibée», in *Mélanges R. Vander Elst*, Brussel, 1986, p. 561 sq.

²⁰ *R.v.St.*, Ghekiere, nr. 19.035 van 31 mei 1978.

het meer aangewezen is een voorafgaand geneeskundig onderzoek voor te schrijven voor kandidaat-klerken dan te stellen dat de betrekking van klerk alleen toegankelijk is voor die dienstplichtige gegadigden die aan de lichaamsvereisten voor de legerdienst voldoen ²¹.

III. De grenzen van de controle

6. Nu komt het voor dat de Raad van State bij het onderzoek naar de eventuele schending van het gelijkheidsbeginsel zijn controle niet uitoefent omdat het onderzoek uiteindelijk neerkomt op een zuivere beleidskritiek. Op de vraag of een ongelijke behandeling tussen tweetalige agenten van het gemeentebestuur van Wommel en tweetalige agenten van de gemeentebesturen van de Brusselse agglomeratie op het vlak van de toekenning van een tweetaligheidspremie al dan niet het gelijkheidsbeginsel schendt, antwoordde de Raad van State «dat de beoordeling waar de verzoekende partij toe komt, uitloopt op een zuivere beleidskritiek waaraan zij door een blote referentie naar het gelijkheidsbeginsel, de vorm van een wettigheidskritiek tracht te geven» ²².

Een ander geval van niet-controle manifesteerde zich in wel totaal andere omstandigheden. Artikel 147bis, § 1, 5°, van het Kieswetboek bepaalt dat de kiezer die om redenen in verband met zijn geloofsovertuiging in de onmogelijkheid verkeert zich op het stembureau te melden, een andere kiezer kan machtigen om in zijn naam te stemmen, met dien verstande dat deze onmogelijkheid moet blijken uit een attest dat is afgegeven door de religieuze overheid. De Raad van State oordeelde dat rekening houdende met artikel 6 van de Grondwet er geen reden is om aan te nemen dat godsdienstige bezwaren om in bepaalde omstandigheden persoonlijk ter stembus te gaan, per se uitsluitend denkbaar zijn voor de aanhangers van de Joodse godsdienst. Terzelfder tijd werd echter gezegd dat, wat het in artikel 147bis, § 1, 5°, van het Kieswetboek vermelde attest betreft, de Raad van State in rechte geen enkel gezag heeft om wat de algemene overste «als religieuze overheid» op grond van dit artikel bevestigt, te verwerpen: de verplichte erkenning door de rechter van de interne religieuze gezagshierarchie reduceert de toetsing van zelfs de externe legaliteit van akten uitgaande van een religieuze organisatie tot heel weinig ²³.

IV. De wet van 16 juni 1989

7. Bij artikel 15 van de wet van 16 juni 1989 houdende diverse institutionele hervormingen ²⁴ werd in titel III van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een hoofdstuk III ingelast. «De schorsing», waardoor de Raad van State de mogelijkheid verkreeg om, onder bepaalde voorwaarden, de tenuitvoerlegging van bestuurshandelingen te schorsen wegens een mogelijke schending van de artikelen 6 (ge-

lijkheidsbeginsel), 6bis (verbod van discriminatie) en 17 (vrijheid van onderwijs) van de Grondwet.

Deze aan de Raad van State, wat de individuele beschikkingen en verordeningen betreft, toegekende parallelle schorsingsbevoegdheid naast die welke de bijzondere wet van 6 januari 1989 aan het Arbitragehof had toegekend wat de wetten, decreten en ordonnances betreft, gaf aanleiding tot zekere moeilijkheden. Ten eerste en niet het minst, omdat verzoekers in staat bleken de meest vernuftige en geforceerde constructies te ontwikkelen om toch maar ergens een middel ontleend aan de schending van het gelijkheidsbeginsel te ontdekken, waarop de Raad van State vervolgens én uiteraard zinnig moest antwoorden. Ten tweede omdat de Raad van State zich noodgedwongen, gezien het *summaria cognitio*-karakter van de procedure in de fase van het kort geding, moest beperken tot *prima facie* vaststellingen en overwegingen. De Raad van State hield zich aan zijn vroegere jurisprudentie: aangenomen werd dat de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel geen verschil in behandeling uitsluit van bepaalde categorieën van personen voor zover het onderscheidingscriterium een objectieve verantwoording heeft, waarvan het bestaan beoordeeld dient te worden met betrekking tot het doel van de ter beoordeling staande normen ²⁵. Belangrijk in de ontwikkeling van de jurisprudentie is wel dat, indien een schending van het gelijkheidsbeginsel wordt opgeworpen, de beweerdte ongelijkheid op zichzelf een onwettigheid dient te vormen die autonoom grond levert tot annulatie ²⁶; het is dus niet voldoende dat het recht op de correcte toepassing van de wet of van het reglement, dat iedere burger in gelijke mate bezit, werd geschonden. Een ongelijkheid die enkel in de onwettigheid van de bestreden handeling haar grondslag vindt, is onvoldoende ²⁷⁻²⁸. Een andere vaststelling lijkt ook wel te zijn dat, zoals L.P. Suetens opmerkt ²⁹, de Raad van State in de uitoefening van zijn schorsingsbevoegdheid veeleer het accent legt op artikel 6 van de Grondwet, terwijl het Arbitragehof «bewust de klemtoon veeleer op artikel 6bis van de Grondwet (legt)». In een zeer recent arrest besliste de Raad van State in dit verband nog dat artikel 6bis niets aan artikel 6 van de Grondwet toevoegt ³⁰.

De wet van 19 juli 1991 houdende wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 ³¹,

²⁵ R.v.St., Van Acker, nr. 34.542 van 29 maart 1990.

²⁶ Op grond van de overweging dat noch in de wet van 16 juni 1989, noch in de voorbereidende teksten ervan aanwijzingen te vinden zijn dat het in de bedoeling van de wetgever lag de ongelijkheid of discriminatie die in zekere mate in elke onwettigheid vervat is, met een schorsing te laten beteugelen.

²⁷ Zie bijvoorbeeld R.v.St., Kapellen, nr. 35.477 van 27 juli 1990.

²⁸ Voor een kritiek op deze jurisprudentie: VAN HEUVEN, D., «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, 593-594. Deze auteur verdenkt er de Raad van State van aldus te redeneren om een toevloed van schorsingsprocedures te vermijden.

²⁹ SUETENS, L.P., «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Gelijkheid en non-discriminatie. Egalité et non-discrimination*, p. 101.

³⁰ R.v.St., Valckenaers, nr. 38.101 van 13 november 1991.

³¹ B.S., 12 oktober 1991.

²¹ R.v.St., Elsen, nr. 8180 van 27 oktober 1960.

²² R.v.St., Gemeente Wommel, nr. 16.609 van 3 september 1974.

²³ R.v.St., Gemeenteraadsverkiezing te Sint-Genesius-Rode, nr. 23.190 van 3 mei 1983.

²⁴ B.S., 17 juni 1989; Zie ook het K.B. van 27 oktober 1989 tot bepaling van de rechtspleging van de afdeling administratie van de Raad van State, waarbij een vordering tot schorsing aanhangig is gemaakt (B.S., 11 november 1989, *err.* 25 november 1989).

heeft, tot een ieders tevredenheid³², de schorsing van de tenuitvoerlegging niet langer afhankelijk gesteld van een mogelijke schending van de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet; voortaan kan elk ernstig middel worden aangewend.

V. Enkele concrete toepassingsgevallen

8.1. *Geen gelijkheid in de onwettigheid.* — Volgens een constante rechtspraak van de Raad van State, moet, in tegenstelling tot wat bijwijlen verkeerdelijk uit het adagium *error communis facit ius* afgeleid wordt, de Raad van State niet alleen het beginsel van de gelijke toepassing van de wet handhaven, maar ook én tegelijkertijd het beginsel van de juiste toepassing van de wet: aanspraak op de gelijke toepassing van de wet mag nooit neerkomen op aanspraak op gelijkheid in een erkende onwettige toepassing van de wet³³. Het gelijkheidsbeginsel impliceert niet dat een in het verleden toegepaste onwettige regeling toepassing moet blijven vinden³⁴. Het beginsel van de gelijke toepassing van de wet heeft betrekking op de toepassing van de wet en niet op de overtreding ervan³⁵.

8.2. *De wettelijke ongelijkheid.* — Uiteraard gebeurt het dat de aangevoerde ongelijkheid haar oorsprong vindt, niet in het optreden van de administratieve overheid, maar in het optreden van de wetgever zelf. In een dergelijk geval zal de Raad van State moeten vaststellen dat een dusdanige ongelijkheid aan zijn controle ontsnapt: zo kan de Koning, op het vlak van de huisvesting, andere regels vaststellen voor het Brusselse Gewest dan voor het Vlaamse of het Waalse Gewest, precies omdat het beginsel van de differentiatie neergelegd is in de wet³⁶. Nu kan de Raad van State echter in bepaalde gevallen wel controle over de wet uitoefenen. In de zaak De Rouck stelde de verzoeker dat een bepaalde wet het gelijkheidsbeginsel miskent, zoals dit vervat ligt in artikel 6 van de Grondwet én in artikel 14 E.V.R.M. De Raad van State besliste uitdrukkelijk dat de wetgever weliswaar artikel 6 van de Grondwet moet eerbiedigen, maar dat de Grondwet de rechter niet tot rechter over de wetgever heeft gemaakt; bijgevolg komt de toetsing van de wet aan artikel 6 van de Grondwet niet aan de orde ter gelegenheid van een beroep tot vernietiging van een administratieve beslissing, ingesteld voor de Raad van State. De Raad onderzoekt vervolgens de draagwijdte van artikel 14 E.V.R.M. en besloot dat het verdrag geen rechtsgrond oplevert om de wet op haar bestaanbaarheid met het gelijkheidsbeginsel te toetsen³⁷. Hieruit blijkt dus dat, indien de Raad van State de grondwettigheid van de wet niet kan toetsen, hij de wet toch terzijde kan schuiven in geval van strijdigheid met de self-executing internationale norm. Bovendien is de Raad van State, krachtens artikel 26, § 2, van de bijzondere wet van

6 januari 1989 op het Arbitragehof, verplicht de prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof indien voor hem een schending door een wet, decreet of ordonnantie van de artikelen 6 en *6bis* van de Grondwet wordt opgeworpen³⁸.

8.3. *Gelijkheid en pluralisme.* In beginsel verzet de gelijkheid van de Belgen ten aanzien van de toegang tot openbare betrekkingen of ambten er zich tegen dat tot benoemingen of bevorderingen besloten wordt op grond van een in acht te nemen evenwicht tussen de ideologische en filosofische strekkingen³⁹. In bepaalde gevallen echter vereist de aard, de natuur, de organisatie, de finaliteit van een instelling als het ware dat er toch in haar schoot naar zekere evenwichten gestreefd dient te worden, evenwichten waarvan men veronderstelt dat zij uiteindelijk het algemeen belang tot doel hebben. In twee bekende (en bekritiseerde) arresten heeft de Raad van State dit principe toegepast. In een eerste arrest oordeelde de Raad dat, krachtens het gelijkheidsbeginsel, elke politieke strekking en elke levensbeschouwing er aanspraak op kan maken door de overheid op gelijke voet met de andere te worden behandeld. De neutraliteit en de objectiviteit waartoe de overheid op grond van het gelijkheidsbeginsel verplicht is, kan er haar rechtvaardig, en moet er haar zeer dikwijls toe brengen, een houding aan te nemen waardoor zij de politieke strekkingen en godsdienstige of wijsgerige overtuigingen bij de uitoefening van haar bestuursopdracht ignoreert. De gelijke behandeling in de dienst waarop ambtenaren tegenover hun overheid aanspraak kunnen maken, moet in bepaalde gevallen wijken voor nog meer fundamentele, wettig erkende beginselen die de werking van de dienst bepalen, aangezien ambtenaren uiteraard in de dienst dienend staan tegenover de dienst en de opdracht ervan. Dit is het geval wanneer de overheid bij de vervulling van haar cultuurtaak niet een louter permissieve rol kan spelen, maar actief en positief moet ingrijpen. In dit geval dient de overheid rekening te houden met de menigvuldigheid en de eigen individuele kenmerken van de politieke strekkingen en de levensbeschouwelijke overtuigingen. Het oogmerk dat erin bestaat een politiek en levensbeschouwelijk evenwicht te verzekeren bij de benoeming van de topambtenaren der omroepdiensten, opdat in de ruimst mogelijke mate wordt voldaan aan de fundamentele wettelijke eis van objectiviteit in de werking van de BRT-RTB, komt dan ook niet als wettelijk ontoelaatbaar voor⁴⁰. In een tweede arrest werd beslist dat het evenwicht tussen de twee grote filosofische strekkingen dat aan de Universitaire Instelling Antwerpen ook zijn weerslag moet vinden in de benoemingen van het academisch personeel, een specifieke pragmatische oplossing is voor de streek van het probleem van de niet-discriminatie van de verschillende filosofische strekkingen, een regel die is neergeschreven in artikel *6bis* van de Grondwet. Evenmin strijdt deze handelwijze met het principe van de gelijke toegang tot de publieke ambten voortvloeiend uit artikel 6 van de Grondwet⁴¹.

³² Met als nadeel uiteraard dat het aantal roekeloze vorderingen tot schorsing kan stijgen.

³³ *R.v.St.*, Marneffe, nr. 13.450 van 18 maart 1969.

³⁴ *R.v.St.*, Quinzin, nr. 21.282 van 19 juni 1982.

³⁵ *R.v.St.*, Van Dale, nr. 18.398 van 18 juli 1977.

³⁶ *R.v.St.*, V.Z.W. Fédération des sociétés coopératives de logement de l'Agglomération bruxelloise en consorten, nr. 20.122 van 22 februari 1980.

³⁷ *R.v.St.*, De Rouck, nr. 22.931 van 11 februari 1983. Zie ook Elections communales de Mons, nr. 32.026 van 17 februari 1989.

³⁸ Zie nochtans *R.v.St.*, De Ridder, nr. 34.348 van 13 maart 1990, waar de Raad van State weigerde een prejudiciële vraag te stellen met verwijzing naar artikel 6, lid 1, E.V.R.M., en de scherpe reactie op dit arrest van F. MEERSCHAUT, in *R.W.*, 1990-91, 293 sq.

³⁹ *R.v.St.*, Baekelandt, nr. 22.503 van 29 september 1982.

⁴⁰ *R.v.St.*, Lenaerts, nr. 13.122 van 25 juli 1968.

⁴¹ *R.v.St.*, Heyndels, nr. 25.424 van 31 mei 1985.

8.4. *De gelijkheid tussen de geslachten.* — Het beginsel van de gelijkheid der geslachten ligt binnen de werkingssfeer van artikel 6 van de Grondwet. Een K.B. dat een discriminatie ten aanzien van de werknemers invoert die uitsluitend berust op hun geslacht, schendt derhalve het beginsel van de gelijkheid der Belgen voor de wet ⁴². Aanvankelijk aanvaardde de Raad van State, op het vlak van de toegang tot de openbare ambten, dat de benoemende overheid vrij kon oordelen of de objectieve eisen van een ambt haar verplichten uitsluitend op vrouwelijk personeel een beroep te doen ⁴³. In een merkwaardig en lyrisch arrest in de zaak Storms oordeelde de Raad dat, ondanks de regel van gelijke benoembaarheid van mannen en vrouwen voor openbare ambten, uit de wet van 19 maart 1964 die het Verdrag van 31 maart 1953 op de politieke rechten van de vrouw goedkeurt, blijkt dat het geslacht bij het vaststellen van de gedragsverplichtingen geen absoluut verboden criterium van onderscheid is. Het is met name constitutioneel mogelijk regelingen vast te stellen waarin rekening wordt gehouden met aan de fysieke conditie van de mens verbonden kenmerken. Vandaar dat de lessen lichamelijke opvoeding, overeenkomstig de vereisten die uit de natuur van de zaak voortkomen, gescheiden gegeven moeten worden, door leraars aan jongens en door leraressen aan meisjes ⁴⁴. In zijn meest recente rechtspraak blijft de Raad van State bij het standpunt dat de gelijkheid der geslachten reeds door artikel 6 van de Grondwet wordt gewaarborgd. Dit gelijkheidsvoorschrift verzet er zich niet tegen dat de geslachten verschillend worden behandeld mits met het gemaakte onderscheid een rechtsgeldig doel wordt nagestreefd en mits dat onderscheid berust op een in redelijkheid aanvaardbaar motief. Vandaar dat naar artikel 118, lid 2, van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering bijzondere bepalingen betreffende de bescherming van het moederschap geen discriminatie vormen, dat artikel 119 positieve discriminatie ten gunste van vrouwen toestaat, dat artikel 122 de Koning de bevoegdheid geeft de gevallen te bepalen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit waarvoor het geslacht een doorslaggevende voorwaarde vormt wegens de aard of de uitoefeningsvoorwaarden ervan ⁴⁵.

8.5. *Gelijkheid en representativiteit.* — Wanneer de Koning aan beroepsorganisaties een zekere inspraak bij de uitwerking en de uitvoering van administratieve beslissingen toekent, staat het hem vrij bepaalde voordelen alleen toe te kennen aan organisaties die in feite representatiever zijn dan andere, zonder in botsing te komen met het gelijkheidsbeginsel ⁴⁶. Het K.B. van 2 augustus 1966 tot regeling van de raadpleging van de het meest representatieve organisaties van provincie — en gemeentepersoneel is niet strijdig met de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet, aangezien het criterium waarbij als het «meest representatieve organisaties van het provincie- en gemeentepersoneel» worden aangemerkt, die organisaties welke voor heel het provincie- en

gemeentepersoneel openstaan, algemeen geldend en in redelijkheid aanvaardbaar is ⁴⁷.

VI. Enkele correlaria

9.1. *Patere legem quam ipse fecisti.* — Het principe *patere legem quam ipse fecisti* vestigt een materiële hiërarchie tussen bepaalde juridische normen, werd vanaf 1949 door de Raad van State als dusdanig gevestigd ⁴⁸ en later ook overgenomen door de gewone rechter. Het verbiedt de administratieve overheid bij individuele beslissing af te wijken van haar vroeger opgesteld (wettig) reglement zonder te bepalen dat ervan kan worden afgeweken. Het individuele besluit dat een concrete situatie op het oog heeft, mag dus op straffe van onwettigheid niet afwijken van het algemeen besluit dat abstract, algemeen en onpersoonlijk is, m.a.w. een wet in de materiële betekenis des woords is ⁴⁹.

9.2. *De publikatie van vacante betrekkingen.* — Lange tijd was het vaste rechtspraak dat het beginsel van de gelijke toegang tot de openbare ambten zoals dit in artikel 6 van de Grondwet vastgelegd is, niet de verplichting inhield voor elke benoeming tot een openbaar ambt alle burgers die aan de benoemingsvoorwaarden voldoen, in te lichten omtrent het voornemen die benoeming te doen; de verplichting ruchtbaarheid aan dat voornemen te geven kan alleen maar door bijzondere bepalingen worden opgelegd ⁵⁰. In een relatief recent arrest week de Raad van State van die rechtspraak af. Geoordeeld werd dat het wel zo is dat geen wets- of verordeningsbepaling als concretisering van de grondwettelijke gelijkheidsregel voorschrijft dat een mutatie of aanstelling als huisbewaarder zoals die welke bestreden worden, voorafgegaan moeten worden door een oproep tot de belanghebbenden; ook als zulk een oproep niet is voorgeschreven, verplicht de gelijkheidsregel de overheid toch rekening te houden met de aanspraken van al degenen van wie zij weet of moet weten dat zij belangstelling voor de te begeven functie hebben. ⁵¹

9.3. *De vergelijking van titels en verdiensten.* — Op grond van het gelijkheidsbeginsel, betrokken op de publiekrechtelijke situatie van de ambtenaar, is de overheid verplicht, bij het beoordelen van de geschiktheid en aanspraken van kandidaten voor een bepaalde betrekking, ook al beschikt zij over een ruime appreciatiebevoegdheid, de geschiktheid en aanspraken van de kandidaten te onderzoeken en onderling te vergelijken ⁵². Deze verplichting heeft mede als grondslag het beginsel van de gelijke toelaatbaarheid tot de openbare ambten, dat zelf wortelt in artikel 6 van de Grondwet ⁵³.

9.4. *Gelijkheid en onpartijdigheid.* — In althans ten minste één zaak werd een verband tussen gelijkheid en onpartijdigheid gelegd. Verzoekers voerden aan dat het gelijkheidsbeginsel geschonden was omdat het college van burgemeester en schepenen van de stad Leuven een bouwvergunning had

⁴² R.v.St., Masip, nr. 16.303 van 15 maart 1974.

⁴³ R.v.St., C.O.O. Elsene, nr. 10.167 van 6 september 1963.

⁴⁴ R.v.St., nr. 20.514 van 22 juli 1980.

⁴⁵ R.v.St., Delsalle, nr. 32.626 van 23 mei 1989 met expliciete verwijzing naar R.v.St., Broseng, nr. 28.888 van 24 november 1987, en De Loof, nr. 28.889 van 24 november 1987.

⁴⁶ R.v.St., Gérard, nr. 13.027 van 14 juni 1968.

⁴⁷ R.v.St., Masschelein e.a., nr. 19.578 van 11 april 1979.

⁴⁸ R.v.St., François, nr. 115 van 26 augustus 1949.

⁴⁹ R.v.St., Nicolas, nr. 11.843 van 26 mei 1966; N.V. Meubelcentrale Heylen, nr. 25.858 van 14 november 1985; Riemst, nr. 29.560 van 15 maart 1988.

⁵⁰ Bijvoorbeeld R.v.St., nr. 12.153 van 12 januari 1967.

⁵¹ R.v.St., Cartois, nr. 31.358 van 22 november 1988.

⁵² R.v.St., Otte, nr. 21.375 van 28 juli 1981.

⁵³ R.v.St., Macken, nr. 34.532 van 27 maart 1990.

aangevraagd en er terzelfder tijd mede belast was advies uit te brengen over de bouwaanvraag en zich uit te spreken over de geformuleerde bezwaren en opmerkingen. De Raad oordeelde dat alle bezwaarindieners, op grond van het in artikel 6 van de Grondwet gestelde gelijkheidsbeginsel, recht erop hebben dat dit onderzoek de vereiste objectieve waarborgen biedt van onpartijdigheid en onafhankelijkheid ⁵⁴.

9.5. *Gelijkheid en zorgvuldigheid.* – Een zeer recent schorsingsarrest stelt het met voeten treden door de benoemende overheid van de zorgvuldigheidsplicht gelijk met de schending van artikel 6 van de Grondwet. De Raad van State besliste dat het college van secretarissen-generaal onmogelijk, onder vele honderden gegadigden, op 11 juli 1991, zijnde de officiële feestdag van de Vlaamse Gemeenschap, en op 12 juli 1991, zijnde een verplichte compensatieverlofdag, een verantwoorde keuze kon maken na een grondig, vergelijkend onderzoek van hun dossiers. Een benoemingsbesluit dat gebaseerd is op een met miskenning van de vereiste zorgvuldigheid tot stand gekomen advies, schendt zelf de zorgvuldigheidsplicht en strijdt met het gelijkheidsbeginsel ⁵⁵.

VII. Ter uitleiding

10. Boven stelde ik dat de Raad van State het gelijkheidsbeginsel altijd met een zekere voorzichtigheid en bijwijken

zelfs met een zekere schroom benaderd heeft. Dit betekent niet dat de Raad zijn controle niet gaandeweg verdiept en uitgebreid heeft; de controle is ook minder marginaal geworden. Bovendien werd op een bepaald ogenblik de toetsing van het gelijkheidsbeginsel door de wetgever zelf centraal gesteld bij de uitoefening door de Raad van zijn schorsingsbevoegdheid. Hoe de rechtspraak verder zal evolueren is min of meer voorspelbaar. Enerzijds worden en zijn natuurlijk de grote contouren getrokken door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en door het Arbitragehof. Anderzijds zal de Raad het gelijkheidsbeginsel gaandeweg nog meer verfijnen vooral in correlatie met, en via de zorgvuldigheidsplicht, het evenredigheidsbeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel en andere beginselen van behoorlijk bestuur.

Aldus zal gewis de grens tussen het opportuniteitstoezicht en het legaliteitstoezicht vager en vager worden, met alle gevaren en problemen van dien. Meteen ben ik opnieuw bij mijn uitgangspunt beland.

André BEIRLAEN
Staatsraad
Hoogleraar aan de
Vrije Universiteit Brussel

⁵⁴ *R.v.St.*, V.Z.W. Buurtcomité Beneden Kessel e.a., nr. 34.359 van 15 maart 1990.

⁵⁵ *R.v.St.*, Golsteyn, nr. 38.589 van 27 januari 1992.

ONGELIJKHEID EN «DISCRIMINATIE» IN DE VERHOUDING TUSSEN LEVERANCIERS EN AFNEMERS

I. Inleiding

1. In dit preadvies zal worden onderzocht welke inhoud in het domein van het mededingingsrecht aan het gelijkheidsbeginsel moet worden gegeven, opdat het een deugdelijke grondslag kan bieden voor een coherente welvaartsverhogende concurrentiepolitiek. Het gelijkheidsbeginsel heeft zowel een publiekrechtelijke als een privaatrechtelijke betekenis. Om overlappingsen met andere preadviezen (uitgebracht in de secties staatsrecht en fiscaal recht) te vermijden, zal hier enkel de privaatrechtelijke draagwijdte van het gelijkheidsbeginsel, m.a.w. de horizontale werking in de verhouding tussen particulieren, worden besproken. De problemen van «discriminatie» die hier aan bod komen, hebben betrekking op de verhouding tussen leveranciers en afnemers: het gaat om gevallen van verkoopsweigering en discriminerende verkoopsvoorwaarden.

In het mededingingsrecht (kartelrecht en recht van de onrechtmatige mededinging) leidt het benadrukken van het gelijkheidsbeginsel onvermijdelijk tot conflicten met het beginsel van mededingingsvrijheid. Een voldoende graad van ongelijkheid is immers een essentiële voorwaarde voor het functioneren van de mededinging. Gelijkheid zal dus regelmatig moeten wijken voor vrijheid.

2. De spanning tussen gelijkheid en vrijheid werd ook door Van Gerven opgemerkt, toen hij beide concepten, naast solidariteit, naar voren heeft geschoven als grondslagen van het Belgisch economisch recht¹. Zijn uitgangspunt is echter verschillend. De toepassing van het gelijkheidsbeginsel vraagt, aldus Van Gerven, om een beperking van de vrijheid van de ene ter wille van de vrijheid van de andere². Vrijheid moet dus wijken voor gelijkheid. Het verbod van vrijwillig gesloten kartelafspraken die de mededingingskansen van anderen beperken, is daarvan een voorbeeld³. Het is juist dat een kartelverbod dat tot horizontale afspraken beperkt blijft, het mededingingsproces en dus de vrijheid van handel beschermt. In de visie van Van Gerven blijft daarnaast echter ook ruimte voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in verticale relaties, ter wille van behoeftetevredigingsmogelijkheden. Het verbod van discriminatoir

re behandeling van afnemers⁴ is daarvan de meest duidelijke exponent.

De uitwerkingen van het privaatrechtelijk gelijkheidsbeginsel zijn evenwel verschillend naargelang het wordt gehanteerd ter beveiliging van het mededingingsproces in de horizontale relatie tussen concurrenten, dan wel in de verticale relatie tussen leveranciers en afnemers. In het laatste geval wordt op het gelijkheidsbeginsel een beroep gedaan, niet omwille van het functioneren van het mededingingsproces maar omwille van de «rechtvaardigheid» van de marktkomsten. Zo geïnterpreteerd creëert het gelijkheidsbeginsel ruimte voor een niet-marktconform optreden van de overheid⁵. Meteen moet worden toegegeven dat Van Gerven steeds het belang van marktconforme regulering heeft benadrukt⁶. Wanneer evenwel het gelijkheidsbeginsel als groeipool van het mededingingsrecht wordt gehanteerd, moet het vrijheidsbeginsel verhinderen dat averechtse effecten worden veroorzaakt op het vlak van de vrijwaring van de mededinging. Gelijkheid zal dus meer dan eens moeten wijken voor vrijheid. Bij de formulering van discriminatieverboden zal daarom zeer omzichtig te werk moeten worden gegaan.

Wil men bepaalde vormen van ongelijkheid als «discriminatie» verbieden, dan moeten criteria voorhanden zijn om uit te maken of bepaalde prestaties (voldoende) gelijk zijn, zodat een verschillende behandeling kan worden vastgesteld en als «discriminatie» kan worden verboden. De aanhalings tekens zijn hier op hun plaats omdat alleen de (betwistbare) keuze van deze criteria de grens tussen gewenste ongelijkheid en ongewenste discriminatie kan trekken. Het mededingingsrecht is er nog niet in geslaagd sluitende criteria op te stellen. De juridische formulering van discriminatieverboden is een hachelijke onderneming. Het is een haast onmogelijke opgave interpretatieproblemen die de rechtszekerheid in het gedrang brengen, te vermijden. In de rechtsstelsels waar discriminatie wordt verboden, staan de discriminatieverboden daarenboven haaks op de overige regels van mededingingsrecht. Dit laatste hoeft niet te verbazen. Vrijheid en gelijkheid zijn geen harmonische grondslagen van het mededingingsrecht; tussen beide waarden zijn conflicten mogelijk. De rechtspraak met betrekking tot verkoopsweigering maakt dit meteen duidelijk: ofschoon verkoopsweigering principieel geoorloofd is omwille van de vrijheid

¹ VAN GERVEN, W., «Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht», *S.E.W.*, 1971, 404-429. In latere publikaties heeft Van Gerven aan dit driespan het andere driespan «onderneming, mededinging, overheid» toegevoegd. Zie VAN GERVEN, W., «Economisch Grondslagenrecht in België en Nederland», *S.E.W.*, 1986, 565-585. Beide driespannen zijn samen in staat de grondstructuur van het economisch recht bloot te leggen. Zie VAN GERVEN, W., *Economisch Grondslagenrecht*, in: VAN GERVEN, W., COUSY, H. en STUYCK, J., (red.), *Handels- en Economisch Recht. Deel 1. Ondernemingsrecht*, volume A, Brussel, Story, 1989, 57.

² VAN GERVEN, W., *l.c.*, *S.E.W.*, 1971, 411.

³ VAN GERVEN, W., *o.c.*, 25.

⁴ VAN GERVEN, W., *ibid.* De Vroede en Flamée gaan nog een stap verder en zien ook in het verzekeren van redelijke winstmarges een grond om de vrijheid van de ene handelaar ter wille van de vrijheid van de andere handelaar te beperken (zie DE VROEDE, P. en FLAMÉE, M., *Handboek van het Belgisch Economisch Recht*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 421).

⁵ Zie ook HESSEL, B., *Rechtsstaat en Economische Politiek*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, 472.

⁶ VAN GERVEN, W., *l.c.*, *S.E.W.*, 1986.

van handel mag van dit recht geen misbruik gemaakt worden ⁷. Waar waardeconflicten opduiken, kunnen discussies hoog oplopen.

3. Gevolg gevend aan de wens van de organisatoren van het 35e Vlaams Juristencongres zal de boodschap van dit preadvies kort en krachtig worden weergegeven. «Kort» betekent dat als streefdoel een omvang van een twintigtal R.W.-kolommen is vooropgesteld. «Krachtig» betekent dat in het besluit van dit preadvies stellingen zullen worden geformuleerd, aan de hand waarvan de discussie in ordelijke banen kan worden geleid.

Een belangrijke opmerking moet worden gemaakt over de gevolgde methode. Men zal in dit preadvies geen uitvoerige *status quaestionis* van het geldend recht aantreffen. Daarvoor wordt verwezen naar andere publikaties ⁸. Van de lezer wordt verwacht dat hij met de casuïstiek van het Belgisch en Europees recht vertrouwd is. Ook voor andere rechtssystemen (bv. Verenigde Staten van Amerika en Duitsland) zal wegens de beperking van de omvang van het preadvies voor verdere uitdieping naar gespecialiseerde literatuur moeten worden verwezen. Deze keuze is verantwoord: «bijscholing» wordt op een voldoende groot aantal andere congressen en studiedagen beoogd. Het tweejaarlijks congres van de Vlaamse Juristenvereniging is eerder een forum voor een inhoudelijke reflectie over het geldend recht en wenselijke aanpassingen. Een economische benadering van rechtsregels biedt voor deze oefening belangrijke inzichten. In de Verenigde Staten van Amerika is de kwaliteit van het antitrustrecht in de voorbije decennia gevoelig verbeterd. Dit is vooral te danken aan het gebruik van inzichten uit *Law and Economics*. Deze ontwikkelingen zijn aan het Europees mededingingsrecht (en aan het recht in de lidstaten van de EG) tot nu toe voorbijgegaan. De vaststelling dat ontwikkelingen in het mededingingsrecht Europa met een achterstand van minstens twintig jaar bereiken, is helaas ook waar voor de in dit preadvies aan de orde zijnde problemen. Om deze reden is hier voor de te volgen methode uit de Amerikaanse ervaring lering getrokken.

De structuur van dit preadvies is als volgt. Eerst wordt een bondig rechtsvergelijkend overzicht gegeven. Vervolgens wordt, na een korte typering van de voornaamste denkrichingen, de economische analyse van verkoopsweigering en prijsdiscriminatie samengevat. Dan zal blijken dat het criterium van allocatieve efficiëntie in staat is het vage gelijkheidsbeginsel op te vullen en zo tot de formulering van welvaartverhogende discriminatieverboden kan bijdragen. Ook zal duidelijk worden dat allocatieve efficiëntie de boven beschreven spanningen tussen gelijkheid en vrijheid overstijgt en daarom, beter dan deze beginselen, in staat is een functie als groepspool van het mededingingsrecht te vervullen. Het geldend recht zal vervolgens aan het efficiëntiecriterium worden getoetst. Voortbouwend op de conclusies die uit het rechtsvergelijkend onderzoek en de economische analyse

kunnen worden getrokken, zullen ten slotte voorstellen worden geformuleerd die de inhoud van het gelijkheidsbeginsel in de verhouding tussen leveranciers en afnemers met behulp van het criterium der allocatieve efficiëntie verrijken.

II. Kort overzicht van de rechtsregels inzake discriminatie

4. Het grote woord «discriminatie» wordt voornamelijk in de mond genomen door kleine zelfstandige detailhandelaren, die klagen over ongunstige inkoopvoorwaarden of over verkoopsweigering, een meer extreme vorm van discriminatie dan een loutere prijsdiscriminatie. Klachten over verkoopsweigering vinden hun oorsprong in het bestaan van distributiesystemen (alleenverkoop, selectieve distributie, franchising) waarbij sommige detailhandelaren worden «uitgesloten», of in de weigering van sommige fabrikanten bekende merkartikelen te leveren. Klachten over ongelijke inkoopvoorwaarden zijn het gevolg van het uitspelen van inkoopmacht door grote distributiebedrijven ⁹. Beweerd wordt dat deze inkoopmacht wordt misbruikt om van de leveranciers ongerechtvaardigde kortingen af te dwingen, die worden uitgespeeld in de harde prijsconcurrentie om de gunst van de eindverbruikers. Vragers zonder inkoopmacht zouden geen gelijke startkansen hebben in deze afzetconcurrentie, hetgeen op termijn tot een monopolisering van de detailhandel zou leiden.

In België hebben deze klachten nog geen aanleiding gegeven tot het uitvaardigen van specifieke discriminatieverboden. Wel zijn ter bevordering van de gelijkheid van kansen in de concurrentie maatregelen tegen oneerlijke (want met ongelijke middelen uitgevochten) concurrentie uitgevaardigd. De verboden van verkoop met verlies en van vergelijkende reclame (vooral vergelijkende reclame met prijzen) hebben echter betrekking op de concurrentie op de afzetmarkt en zijn daarom geen effectief middel tot bestrijding van verkoopsweigering en discriminaties op de inkoopmarkt. De recente uitbreiding van het verbod van verkoop met verlies tot de verhouding tussen leveranciers en wederverkopers ¹⁰ is een eerste rechtstreekse inneming van de Belgische wetgever in de inkoopconcurrentie, maar dekt niet de hier aan de orde zijnde gevallen van discriminatie.

In andere landen hebben de klachten van kleine zelfstandige detailhandelaren wel geleid tot de opname in wetgeving van discriminatieverboden. De oudste regeling is die van de Amerikaanse Robinson-Patman Act (1936), die een «algemeen» discriminatieverbod bevat, dat van toepassing is op onverschillig welke fabrikant, ongeacht diens positie op de markt. In Europa vindt men algemene discriminatieverboden in de Franse Wet Royer (1973) en in het Oostenrijkse Nahversorgungsgesetz (1977). Deze algemene discriminatieverboden willen verhinderen dat leveranciers aan inkoopers kortingen toestaan die niet door kostprijsbesparingen

⁷ Kh. Brussel, 15 oktober 1964, *J.C.B.*, 1965, 330; Voorz. Kh. Brussel, 20 april 1990, *Jaarboek Handelspraktijken*, 1990, DE BAUW, H. (red.), Brussel, Story, 1991, 341.

⁸ Zie vooral STUYCK, J. en VAN DE WALLE DE GHELCKE, B., «Weigering van Verkoop en van Levering», *T.B.H.*, 1984, 324-347; DE BAUW, H., «Discriminatie tussen Voortverkopers», *Jaarboek Handelspraktijken 1989*, Brussel, Story, 1990, 376-391.

⁹ Daarover uitvoerig: VAN DEN BERGH, R., *Inkoopmacht en Prijsconcurrentie*, Antwerpen, Kluwer, 1982.

¹⁰ Art. 40 W.H.P. Voor een commentaar, zie SWENNEN, H., «Bepaalde handelspraktijken», in *De Nieuwe Wet Handelspraktijken*, Brussel, Story, 1992 (supra).

kunnen worden gerechtvaardigd¹¹. Klachten over verkoopsweigeren hebben in het buitenland aanleiding gegeven tot de uitvaardiging van specifieke wetgeving, waarvan het toepassingsgebied – anders dan bij het verbod van prijsdiscriminatie – *ratione personae* beperkt blijft tot een beperkte groep. Tot deze groep behoren niet alleen ondernemingen in machtspositie maar ook ondernemingen waarvan afnemers economisch afhankelijk zijn. Opmerkelijk is dat zowel in Duitsland¹² als in Frankrijk¹³ het begrip machtspositie werd afgezwakt om klachten van afhankelijke ondernemingen over verkoopsweigeren beter tegemoet te kunnen komen.

5. Het Belgisch recht kent geen algemeen verbod van verkoopsweigeren. Wel zijn er strafrechtelijk gesanctioneerde verbodsbepalingen in de wet van 18 juli 1924 op de wederrechtelijke speculatie inzake levensmiddelen¹⁴ en in de prijzenwetgeving¹⁵. Op grond van de Wet Handelspraktijken kan de stakingsrechter stopzetting van de verkoopsweigeren bevelen wanneer deze in strijd is met de algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken (zie de rechtspraak geciteerd in voetnoot 7). Het uitsluiten van handelaren is vaak het gevolg van een collectieve boycot; een dergelijke boycot kan evenwel door een rechtmatig belang worden verantwoord¹⁶. Wanneer de verkoopsweigeren voortvloeit uit overeenkomsten strijdig met art. 85 EG-Verdrag zal de stakingsrechter doorgaans de verkoopsweigeren als strijdig met de eerlijke handelsgebruiken beschouwen¹⁷. De verkoopsweigeren kan ook, wanneer ze niet past in door het Europees mededingingsrecht (artt. 85-86 EG-Verdrag) verboden handelingen, op grond van de algemene zorgvuldigheidsplicht (de ongeschreven eerlijke gebruiken) worden stopgezet. Met toepassing van de wet van 27 mei 1960 tot bescherming tegen misbruik van economische machtspositie werden eveneens verkoopsweigeren beteugeld¹⁸. In de toekomst zal een beroep moeten worden gedaan op het verbod van misbruik van economische machtspositie, opgenomen in de nieuwe Belgische mededingingswet¹⁹. Opgemerkt zij nog dat met een beroep op art. 54 W.H.P. eveneens verkoopsweigeren zonder rechtmatig motief uitgaande van een handelaar in machtspositie door een stakingsbevel

werden getroffen²⁰. Daarbij werd soms een loutere afhankelijkheidsrelatie ten onrechte als machtspositie gekwalificeerd²¹.

Het Belgisch recht kent geen uitdrukkelijk verbod van prijsdiscriminatie. Een aantal malen hebben voortverkopers die zich «gediscrimineerd» voelden omdat zij minder gunstige inkoopvoorwaarden dan hun concurrenten hadden gekregen, geprobeerd de leverancier wegens inbreuk op art. 54 W.H.P. (oud) aan te spreken. Deze procedures liepen meestal spaak omdat geen discriminatie en/of concurrentienadeel kon worden vastgesteld²². In de beruchte zaak m.b.t. de benzineoorlog van 1984 werd eerder «het kost wat kost willen volgen van een neerwaartse prijzenspiraal» en niet zozeer de (eventuele) discriminatie als oneerlijke handelspraktijk gekwalificeerd²³.

6. Het EG-mededingingsrecht biedt de mogelijkheid gevallen van verkoopsweigeren en prijsdiscriminatie te toetsen aan het kartelverbod van art. 85 en aan het verbod van misbruik van economische machtspositie (art. 86 EG-Verdrag). Het EG-Verdrag noemt discriminaties als voorbeeld van concurrentiebeperking. Zowel art. 85, lid 1, littera d, als art. 86, littera c, omschrijven discriminatie als «het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging».

De verkoopsweigeren zelf kan niet als een inbreuk op art. 85 EG-Verdrag worden verboden. Wel kunnen verkoopsystemen strijdig worden bevonden met het kartelverbod. De deelname aan deze verkoopsystemen en de eruit voortvloeiende verkoopsweigeren kan dan op grond van het intern Belgisch recht als een oneerlijke handelspraktijk worden verboden. De verenigbaarheid van distributiesystemen met het kartelverbod van art. 85 EG-Verdrag is geregeld in talrijke groepsvrijstellingen. Voor systemen van alleenverkoop²⁴, alleenaankoop²⁵ en franchising²⁶ is bepaald wat wel en wat niet tussen de leverancier en de wederverkoper mag worden afgesproken. Voor selectieve distributie is er geen groepsvrijstelling met een algemeen toepassingsgebied; enkel de distributiesystemen van motorvoertuigen genieten dit voordeel²⁷. Selectieve distributie wordt vrij mild beoordeeld wanneer het selecteren van wederverkopers gebeurt op basis van objectieve kwalitatieve criteria die voor een goede distributie van de betrokken produkten noodzakelijk zijn en die zonder discriminatie worden toegepast²⁸.

¹¹ Voor een uitgebreide commentaar, zie VAN DEN BERGH, R., o.c., 182-339.

¹² § 26, Abs. 2-3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Voor een commentaar: MARKERT, K., in IMMENGA/MEST-MÄCKER, *GWB. Kommentar zum Kartellgesetz*, München, Beck, 1992, § 26.

¹³ Ordonnance n° 86-1243 van 1 december 1986. Voor een commentaar: MOUSSERON, M. en SELINSKY, V., *Le Droit Français Nouveau de la Concurrence*, Parijs, Litec, 1987.

¹⁴ Voor een commentaar, zie DE VROEDE, P. en FLAMÉE, M., o.c., 412.

¹⁵ Voor een commentaar, zie SWENNEN, H., «De Prijsreglementering», *T.P.R.*, 1979, 487-491.

¹⁶ Cass., 2 juni 1960, *Pas.*, 1960, I, 1133, en *R.C.J.B.*, 1961, 206-227, met noot DASSESSE, J.

¹⁷ STUYCK, J. en VAN DE WALLE DE GHELCKE, B., *l.c.*

¹⁸ Zie VAN DEN BERGH, R., «Het Misbruiktoezicht op Ondernemingen in Machtspositie naar Europees en Belgisch Recht. Beschouwingen bij Recente Ontwikkelingen», *T.P.R.*, 1986, 214 e.v.

¹⁹ W. 5 augustus 1991, *B.S.*, 11 oktober 1991.

²⁰ Voorz. Kh. Brussel, 23 oktober 1985, *T.B.H.*, 1987, 293; Voorz. Kh. Brussel, 20 april 1990, *Jaarboek Handelspraktijken*, 1990, 341.

²¹ Voorz. Kh. Brussel, 20 april 1990, *Jaarboek Handelspraktijken*, 1990, 341, met noot BALLON, G.L.

²² Zie DE BAUW, H., o.c., met verwijzingen.

²³ VAN DEN BERGH, R., «Stop Concurrentie in uw Tank! Bedingen bij het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 21 februari 1984 m.b.t. de Benzineoorlog van oktober 1983», *T.B.H.*, 1984, 585-611.

²⁴ Verordening 1983/83, *Pb.* L 173/1 van 30 juni 1983.

²⁵ Verordening 1984/83, *Pb.* L 173/5 van 30 juni 1983.

²⁶ Verordening 4087/88, *Pb.* L 359/46 van 28 december 1988.

²⁷ Verordening 123/85, *Pb.* L 15/16 van 18 januari 1985.

²⁸ Voor een korte schets zie VAN DEN BERGH, R. en DIRIX, E., *Handels- en Economisch recht in Hoofddijnen*, Antwerpen, Maklu, 1989, 213-214, met verwijzingen.

Het bestaan van uiteenlopende regelingen leidt tot belangrijke verschillen wat betreft de «beschutting tegen concurrentie» (voornamelijk gebiedsbescherming) die aan de wederverkoper kan worden geboden.

Anders dan bij een klacht op grond van art. 85 kan een leverancier wel rechtstreeks gedwongen worden een bepaalde afnemer te bevoorraden wanneer hij een machtspositie bezit en deze misbruikt in de zin van art. 86. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie komt als vaste leer naar voren dat een weigering om te leveren aan een vaste klant zonder objectieve rechtvaardiging een dergelijk misbruik uitmaakt ²⁹.

Prijsdiscriminatie kan eveneens met behulp van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag worden bestreden. De toepassingen zijn echter schaars, allicht wegens bewijsmoeilijkheden. Het Hof van Justitie eist op dit vlak kostenstudies, waarvan bekend is dat ze niet gemakkelijk voorhanden zijn ³⁰.

7. Het meest bekende – maar tegelijk ook meest beruchte – verbod van prijsdiscriminaties ligt vervat in de Amerikaanse Robinson-Patman Act ³¹. Deze wet laat niet toe dat een verkoper verschillende prijzen hanteert bij gelijktijdige verkopen van goederen van dezelfde soort en kwaliteit. Om de prijsverschillen als discriminatie te kunnen verbieden moet in beginsel schade aan de mededinging worden aangetoond, maar dit vereiste wordt zeer soepel uitgelegd. Mededingingsschade kan zich voordoen in de verhouding tussen verkopers (*primary line injury*), maar ook in de verhouding tussen de begunstigde inkoper en diens concurrenten (*secondary line injury*) en verder ook nog op alle lagere niveaus van de distributie. Wanneer het prijsvoordeel voldoende groot is om de wederverkoop prijs van de bevoorrechte afnemer te kunnen beïnvloeden, wordt de mededingingsschade reeds bewezen geacht. Weliswaar kan de discriminerende verkoper de prijsverschillen proberen te rechtvaardigen door overeenkomstige kostenbesparingen, maar de eisen die aan het kostenverweer worden gesteld, zijn zeer zwaar en ontnemen aan deze rechtvaardigingsgrond nagenoeg elke praktische betekenis. In de Robinson-Patman Act komt nog een tweede rechtvaardigingsgrond voor. Prijsdiscriminaties kunnen eveneens worden verantwoord wanneer zij een antwoord vormen op de even lage prijzen van een concurrent. Aangezien het uitwisselen van informatie over prijzen tussen concurrenten prijsafspraken in de hand werkt, wordt van de verkoper geen absolute zekerheid geëist over de door zijn concurrenten toegepaste lage prijzen. Voldoende is dat de discriminerende prijs redelijkerwijze als een antwoord op de prijsdalingen van de concurrenten kan worden beschouwd.

²⁹ VAN DEN BERGH, R. en DIRIX, E., o.c., 227-228, met verwijzingen.

³⁰ Zie verder TER KUILE, B.H., «Differentiation and Discrimination in Community Antitrust Law», in *European Competition Policy – Essays of the Leiden Working Group on Cartel Problems*, The Europa Institute of the University of Leiden (red.), Leiden, Sythoff, 1973, 228-239; STEINDORFF, E., «Preisdifferenzierung im Gemeinsamen Markt», *RIW/AWD*, 1981, 429-438.

³¹ Zie voor een uitgebreide commentaar, met verdere verwijzingen, VAN DEN BERGH, R., o.c., 184-309. Adde: «Living with the Robinson-Patman Act. Selected Articles», *ABA Antitrust Law Journal*, vol. 59, 1991, 765-914.

Verder bevat de Robinson-Patman Act een *per se*-verbod van indirecte prijsdiscriminaties (door middel van bijdragen in kosten van promotie) en een tot kopers gericht verbod prijsdalingen af te dwingen wanneer zij weten dat deze in de persoon van de verkoper een verboden discriminatie uitmaken. Sinds het begin van de jaren zeventig rekent de Federal Trade Commission de handhaving van de Robinson-Patman Act niet meer tot de prioriteiten van het antitrustbeleid. Het groeiende besef dat de wet de mededinging meer schaadt dan baat (en hoogstens tijdelijk soelaas biedt voor inefficiënte ondernemingen, die uiteindelijk toch van de markt zullen moeten verdwijnen) verklaart het geringe aantal procedures.

8. Het Duitse recht kent geen algemeen discriminatieverbod. Wel hebben klachten van detailhandelaren over verkoopsweigering aanleiding gegeven tot verschillende wijzigingen van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, met de bedoeling ook beschutting tegen verkoopsweigering te bieden wanneer deze niet uitgaat van een onderneming in machtspositie. Het discriminatieverbod van § 26 Abs. 2 GWB is ook gericht tot ondernemingen waarvan andere ondernemingen in dergelijke mate afhankelijk zijn dat er geen voldoende en redelijkerwijze realiseerbare mogelijkheden bestaan om een handelsrelatie met derde ondernemingen aan te gaan. Een dergelijke afhankelijkheidsrelatie bestaat bijvoorbeeld tussen een detailhandelaar die een politiek van ruime assortimenten voert en de fabrikanten van bekende merkartikelen: het gaat dan om een «sortimentsbedingte Abhängigkeit» ³².

Ofschoon het Duitse discriminatieverbod voldoende ruim is geformuleerd om tevens prijsdiscriminaties te treffen, blijft het aantal toepassingen op dit vlak bescheiden. Voor zover de prijsdiscriminaties het gevolg zijn van het uitspelen van inkoopmacht, bestaat de moeilijkheid erin een afhankelijkheidsrelatie tegenover een vrager vast te stellen. Om dit te vergemakkelijken heeft de wetgever in 1980 een vermoeden in de wet opgenomen. Wie als vrager, naast de gewone handelskortingen, regelmatig bijkomende gunstige inkoopvoorwaarden krijgt die aan vergelijkbare vragers niet worden toegestaan, wordt vermoed relatieve marktmacht te bezitten.

III. Economische analyse

A. Algemeen

9. De economische analyse van het mededingingsrecht is zeer omvangrijk. Sterk vereenvoudigd kan, wat de Amerikaanse literatuur betreft, een onderscheid worden gemaakt tussen twee denkrichtingen: de *Harvard School* en de *Chicago School*. Beide benaderingen hebben hun tegenhangers in Europa. De leer van de *Chicago School* heeft, samen met een aantal aanvullende inzichten, belangrijke wijzigingen in het Amerikaans antitrustbeleid tot stand gebracht. Deze aanvullende inzichten, die tevens tot de koerswijziging hebben bijgedragen, worden bezorgd door de transactiekostenbenadering en de leer van de contesteerbare markten. Het

³² FISCHÖTTER, W., «Zum erweiterten Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1974, 379-397; MARKERT, K., o.c.

is nuttig eerst de basisconcepten van deze alternatieve benaderingen te schetsen³³, alvorens in te gaan op de lessen die met betrekking tot discriminaties uit de economische analyse kunnen worden getrokken.

De *Harvard School* onderzoekt de competitiviteit van bepaalde industrietakken aan de hand van het «marktstructuur-marktgedrag-marktresultaat-paradigma». Marktresultaten worden in hoofdzaak verklaard (en voorspeld) op grond van marktstructuren; in sommige analyses wordt tevens het marktgedrag als verklarende variabele gebruikt. Aan de basis van deze benadering ligt de visie dat verschillen in de marktstructuur (monopolie, oligopolie, monopolistische concurrentie) het marktgedrag (prijs- en kwaliteitsconcurrentie) beïnvloeden. Het marktgedrag beïnvloedt op zijn beurt het marktresultaat, dat in termen van allocatieve efficiëntie, economische vooruitgang, volledige tewerkstelling en billijkheid («equity») moet worden beoordeeld. De nadruk op de samenhang tussen marktstructuur, marktgedrag en marktresultaat creëert veel ruimte voor een sterk interventionistisch antitrustbeleid.

Sterk vereenvoudigd kan worden gesteld dat de *Harvard School* wantrouwig staat tegenover concentratie, die niet op economische schaalvoordelen berust, en markttoegangshindernissen in de meest diverse vormen. Het antitrustrecht wordt gezien als een instrument dat de marktresultaten in gunstige zin kan corrigeren door rechtstreeks in te werken op de marktstructuur (concentratiecontrole) of door bepaalde nadelige marktgedragingen (bv. misbruik van economische machtspositie) te verbieden. De gewenste graad van mededinging wordt, in navolging van Clark, gezien als een «workable competition». Dit houdt in dat sommige afwijkingen van het model van volkomen mededinging kunnen worden getolereerd, omdat deze door andere «marktimperfecties» worden gecorrigeerd. Auteurs van de *Harvard School* aanvaarden, naast allocatieve efficiëntie, ook andere waarden als doelstellingen van het antitrustrecht. In het standaardwerk van Kaysen en Turner³⁴, dat de meest orthodoxe weergave van de Harvard-visie inzake antitrustbeleid bevat, worden als doelstellingen genoemd: allocatieve efficiëntie, bescherming van het mededingingsproces, «eerlijkheid» en bescherming van «kleine» bedrijven. Aangezien deze doelstellingen conflicterend zijn, kan de beleidsmaker niet ontsnappen aan belangenafwegingen, waarbij de eerstgenoemde waarden een hogere plaats innemen in de hiërarchie.

De *Chicago School* wijst een antitrustbeleid gebaseerd op de koppeling van marktstructuren en marktresultaten af. Grote ondernemingen groeien omdat ze efficiënt zijn; een politiek die uit angst voor de groten de kleinen wil beschermen, veroorzaakt belangrijke welvaartsverliezen. Auteurs van de *Chicago School* zoeken opnieuw aansluiting bij het neo-klassiek gedachtengoed van de prijstheorie. Een aantal praktijken die in de Harvard-visie een tussenkomst van de kartelautoriteiten rechtvaardigen, worden in de Chicago-benadering afgedaan als valse problemen, waarmee het anti-

trustrecht zich niet moet bezighouden. In de jaren zestig verschenen een aantal opgemerkte bijdragen waarin de basis werd gelegd voor een meer tolerante beoordeling van verticale concurrentiebeperkingen. Constructies zoals alleenverkoop, alleenaankoop en ook verticale prijsbinding werden geanalyseerd als maatregelen tegen *free riding* en dus als efficiëntieverhogende mechanismen geëvalueerd. Aangezien een producent slechts zijn toevlucht zal nemen tot verticale concurrentiebeperkingen wanneer ze de output verhogen, werd geconcludeerd tot verticale afspraken als concurrentieprobleem best konden worden vergeten. Deze opvattingen, die aanvankelijk als hoogst controversieel overkwamen, hebben geleidelijk aan veld gewonnen en het Amerikaanse Supreme Court in zijn rechtspraak tot meer tolerantie aangezet.

10. Belangrijke aanvullende inzichten kunnen worden geput uit de *transaction-cost approach*³⁵. Deze benadering legt de nadruk op de kosten die bij de totstandkoming en de afwikkeling van transacties worden veroorzaakt. Transactiekosten hebben vele verschijningsvormen: zoek- en informatiekosten, onderhandelingskosten en kosten van naleving en afdwining. Hun omvang stijgt van een aantal transactiegebonden en mensgebonden factoren: onzekerheid en beperking van het aantal handelspartners (*small numbers exchange*) beperkte rationaliteit (*bounded rationality*) en opportunisme anderzijds. Wanneer de beperkte capaciteit van de mens om complexe problemen te analyseren en op te lossen geconfronteerd wordt met een belangrijke mate van onzekerheid met betrekking tot de marktverhoudingen, kunnen de transactiekosten prohibitief hoog worden. Dit resultaat zal verder worden verergerd wanneer handelsrelaties moeten worden uitgebouwd met een beperkt aantal partners, die zich opportunistisch kunnen gedragen. Wanneer de transactiekosten prohibitief hoog worden, kan het daarom vanuit efficiëntie-overwegingen verkieslijk zijn de transactie niet op de markt te laten plaatshebben, maar ze onder te brengen in een onderneming. Verticale integratie is de aangewezen oplossing om hoge transactiekosten te vermijden. Hetzelfde doel kan worden bereikt met behulp van verticale concurrentiebeperkingen. Economisch gezien zijn systemen van alleenverkoop, alleenaankoop, selectieve distributie, franchising en verticale prijsbinding alternatieven voor verticale integratie, zodat een consistent mededingingsrecht zich geen verschillende behandeling van deze transactiekostenbesparende mechanismen kan veroorloven.

De recente leer van de contesteerbare markten legt de nadruk op het belang van mededinging voor een bepaalde markt in plaats van mededinging op een bepaalde markt. Zelfs bij volkomen monopolies kunnen welvaartseconomisch gezien optimale resultaten worden bereikt op voorwaarde dat de markt contesteerbaar is³⁶. Volkomen contesteerbare markten worden gekenmerkt door afwezigheid van toetredingskosten en uittredingskosten (*sunk costs*). Op een contesteerbare markt kan een monopolist geen superwinsten realiseren omdat dit de toetreding van nieuwkomers

³³ Zie, voor een uitvoeriger typering, VAN DEN BERGH, R., «L'Analisi Economica del Diritto della Concorrenza. Una Introduzione», in *Diritto Antitrust Italiano*, FRIGNANI, A. en PARDOLESI, R. (red.), Torino, Utet, 1992, te verschijnen.

³⁴ KAYSEN, C. en TURNER, D.F., *Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis*, Cambridge, Harvard University Press, 1959.

³⁵ Zie vooral WILLIAMSON, O.E., *Markets and Hierarchies. Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, 1975.

³⁶ BAUMOL, W.J., «Contestable Markets. An Uprising in the Theory of Industry Structure», *American Economic Review*, 1982, 1-15.

zal uitlokken, die de klanten van de monopolist zullen weglokken en na het afkomen van de monopoliewinsten de markt opnieuw zullen verlaten. Deze kwetsbaarheid voor *hit-and-run-entry* verhindert het ontstaan van marktinefficiënties. Deze theorie is in dit preadvies van belang omdat ze het mogelijk maakt de markten te herkennen die zich beter dan andere lenen tot systematische prijsdiscriminatie.

Na deze algemene typering kan worden ingegaan op de lessen die uit de economische analyse met betrekking tot de in dit preadvies aan de orde zijnde problemen van verkoopsweigeren en prijsdiscriminatie kunnen worden getrokken. Ondanks de conceptuele verschillen zijn de verschillende denkrichtingen op dit domein steeds meer naar elkaar toe gegroeid. Nu onder economen nagenoeg consensus is bereikt, is het thans aan de juristen om te oordelen of zij zich achter het hierna beschreven standpunt kunnen scharen.

B. Verkoopsweigeren

11. Voor de beoordeling van verkoopsweigeren aan de hand van het efficiëntiecriterium³⁷ moet het onderscheid worden benadrukt tussen de gevolgen op het horizontaal en op het verticaal vlak van de weigeren handelsrelaties te beginnen of in stand te houden. In de horizontale verhouding gaat het om de gevolgen van de verkoopsweigeren voor concurrenten (of potentiële concurrenten); in de verticale verhouding gaat het om de belangen van dealer of tussenpersonen die niet concurreren met de verkoper die hen als contractspartner weigert. Negatieve welvaartseffecten zullen vooral optreden wanneer de verkoopsweigeren het mededingingsproces in de horizontale verhouding schaadt. Wanneer de verkoopsweigeren alleen gevolgen heeft voor niet-concurrenten, zijn de negatieve welvaartseffecten veel minder zeker. Deze kunnen optreden wanneer de afnemer een groot marktaandeel bezit, een belangrijk verdeelpunt voor de concurrenten van de verkoper is en niet in de markt kan blijven zonder levering van de producten van de leverancier in kwestie. Dit scenario veronderstelt marktmacht aan beide zijden van de markt en markttoegangsbarrières, die verhinderen dat de concurrenten van de leverancier alternatieve distributiekanaalen vinden. Verkoopsweigeren die niet rechtstreeks concurrenten benadelen, zullen doorgaans alleen de klagende afnemer schaden, zonder een ongunstige weerslag te hebben op de allocatieve efficiëntie van de betrokken markt.

Een verkoopsweigeren zal vaak het gevolg zijn van de organisatie van distributiesystemen, waarbij handelaren worden geselecteerd (alleenverkoop, selectieve distributie, franchising). In deze gevallen gaat het opnieuw om verticale beperkingen van de concurrentie, die enkel in vrij uitzonderlijke gevallen³⁸ negatieve gevolgen hebben voor het ho-

izontaal mededingingsproces. Zonder deze effecten, werken verticale concurrentiebeperkingen welvaartsverhogend omdat ze transactiekosten uitsparen.

Een voorbeeld kan dit verder verduidelijken. Bij de organisatie van de distributie rijzen belangrijke informatieproblemen. Een lokale dealer kan beter op de hoogte zijn van de marktvoorwaarden dan de producent. Wegens de culturele verschillen en de taalverschillen zijn diensten vóór de verkoop zeer belangrijk op de Europese markt. Overeenkomsten die de informatievoordelen van de lokale dealer optimaal benutten door deze laatste te belasten met het bewerken van de lokale markt (reclamecampagnes, organisatie van het distributienet) en die de taak van de producent beperken tot toezicht en controle, zijn efficiëntieverhogend. Ze bieden een oplossing voor de problemen van onzekerheid en *bounded rationality*. Het veelvuldig gebruik van dergelijke overeenkomsten leidt tot *small numbers exchange*. Deze bilaterale relaties creëren ruimte voor strategisch gedrag. Dergelijk gedrag tast de integriteit van het distributiesysteem aan en vormt een bedreiging voor de kwaliteit van het produkt. Daarom zijn maatregelen nodig om de mogelijkheid van strategisch gedrag uit te sluiten. Rechtsregels die deze maatregelen verbieden, zijn inefficiënt.

Samengevat: verkoopsweigeren kunnen efficiëntieverhogende maatregelen zijn. Het mededingingsrecht moet een efficiëntieverweer toelaten; een verbod is slechts aangewezen wanneer de verkoopsweigeren het horizontaal mededingingsproces (tussen de leverancier en zijn concurrenten of tussen de afnemer en diens concurrenten) schaadt of een machtspositie beveiligt of verstevigt. De zorg afhankelijke afnemers te beschermen of het toetsen van de verkoopsweigeren aan een vereiste van proportionaliteit (het voordeel voor de leverancier afwegen tegen het nadeel voor de afnemer) zijn geen deugdelijke uitgangspunten voor een efficiëntieverhogend mededingingsrecht. Een efficiëntieverweer moet zowel voor individuele als voor collectieve verkoopsweigeren worden toegelaten.

C. Prijsdiscriminatie

12. Voor een economische evaluatie van prijsdiscriminaties is het onderscheid tussen sporadische prijsdiscriminaties en systematische prijsdiscriminaties essentieel. Sporadische prijsdiscriminaties worden aangetroffen op concurrentiële markten, terwijl systematische prijsdiscriminaties slechts mogelijk zijn wanneer de discriminerende onderneming marktmacht bezit. Sporadische prijsdiscriminaties zijn het gevolg van informatiegebreken inzake de marktvoorwaarden. Concurrentiële markten wijzigen zich voortdurend, zowel in de tijd als in de ruimte. Aangezien deze wijzigingen tijdelijke informatiekorten veroorzaken, zijn sporadische prijsdiscriminaties onvermijdbaar. Deze discriminaties zijn een essentieel bestanddeel van het proces dat de concurrentiële markt naar een nieuw evenwichtspunt leidt. Sporadische prijsdiscriminaties zijn een signaal van functionerende mededinging. Wanneer ze ontbreken en op de markt een rigide prijsstructuur overheerst, wijst dit op het bestaan van welvaartsverlagende kartelafspraken.

De gunstige beoordeling van prijsdiscriminaties als motor van concurrentiële marktprocessen vervalt wanneer het gaat om systematische prijsdiscriminaties. Bij systematische prijsdiscriminatie slaagt de verkoper erin zijn afnemers in te de-

³⁷ Zie bv. BORK, R.H., *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York, Basic, 1978, 330-346; KAUPER, Th.E., «Article 86, Excessive Prices, and Refusals to Deal», *ABA Antitrust Law Journal*, vol. 59, 1991, 449-455.

³⁸ Volgens Williamson kunnen negatieve welvaartseffecten optreden op markten gekarakteriseerd door monopolies of strakke oligopolies (WILLIAMSON, O.E., «Assessing Vertical Market Restrictions. Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, 962-966. *Contra*: BORK, R.H., o.c., 310.

len in categorieën en kan hij op systematische wijze zijn opbrengsten maximaliseren door aan deze verschillende categorieën kopers verschillende prijzen aan te rekenen. Aangezien deze discriminatie niet perfect is, zullen welvaartsverliezen worden veroorzaakt. Pigou heeft de prijsdiscriminaties ingedeeld in drie categorieën³⁹. Discriminatie van de eerste graad is «perfect», in de zin dat de verkoper in staat is van elke klant de hoogste prijs te krijgen die deze voor de aankoop wil betalen. Eerstegraads discriminatie is ideaal vanuit efficiëntie-oogpunt aangezien ze de output doet stijgen tot het niveau van een volkomen competitieve markt. Anderzijds blijft er geen consumentensurplus over, wat op het vlak van de inkomensverdeling ongewenst kan zijn. Discriminatie van de tweede graad is soortgelijk maar minder verfijnd. Ze bestaat wanneer groepen klanten betalen volgens het vermogen of de behoefte van de groep. Alle eenheden waarvoor een prijs kan worden verkregen die gelijk is aan of hoger is dan X worden tegen de prijs X verkocht. Voor eenheden waarvoor enkel lagere prijzen dan X kunnen worden verkregen maar groter dan Y , wordt de prijs Y aangerekend. Discriminatie van de derde graad bestaat wanneer een verkoper twee of meer prijzen aanrekent aan twee of meer groepen kopers maar de groep waartoe een bepaalde koper behoort niet kan bepalen (bv. geografische discriminatie). Discriminaties van de tweede of de derde graad zijn vormen van «onvolkomen discriminatie». Aangezien ze de output niet doen stijgen tot het competitieve niveau, zullen welvaartsverliezen onvermijdelijk zijn. Het is niet uit te sluiten dat de output van een op onvolkomen wijze discriminerende monopolist lager is dan de output van een niet-discriminerende monopolist. Geconcludeerd kan worden dat de door systematische onvolkomen prijsdiscriminaties veroorzaakte efficiëntieverliezen een controle door het mededingingsrecht kunnen verantwoorden.

13. Om goed zicht te krijgen op de efficiëntieverliezen die door systematische onvolkomen prijsdiscriminaties worden veroorzaakt, is het noodzakelijk de omstandigheden aan te geven die moeten zijn vervuld om een verkoper toe te laten zijn kopers op systematische wijze te discrimineren. Zonder het bezit van marktmacht is het onmogelijk een politiek van prijsdiscriminatie vol te houden. De verkoper moet voldoende controle kunnen uitoefenen op de prijzen. Vervolgens moet de verkoper in staat zijn de kopers in te delen in verschillende categorieën. De verschillen in vraagelasticiteit bepalen de mate waarin prijsdiscriminaties mogelijk zijn. Ten slotte moet de mogelijkheid van doorverkoop (*arbitrage*) worden uitgesloten. Wanneer de afnemers die hogere prijzen moeten betalen, zich kunnen bevoorraden bij klanten die betere prijsvoorwaarden hebben gekregen, zal doorverkoop de prijsdiscriminatie ongedaan maken⁴⁰. Omdat doorverkoop van diensten onmogelijk is, worden in de dienstensector veel meer gevallen van prijsdiscriminatie aangetroffen dan bij de verkoop van produkten. Wanneer deze drie voorwaarden niet zijn vervuld, is systematische prijsdiscriminatie onmogelijk. Een tussenkomst van het mededingingsrecht is dan overbodig.

14. Op basis van de beschrijving van de drie voorwaarden voor systematische prijsdiscriminatie kunnen de oorzaken van de efficiëntieverliezen gemakkelijk worden aangegeven. In de eerste plaats veroorzaken systematische prijsdiscriminaties, net zoals alle monopoliepraktijken, welvaartsverliezen wanneer ze leiden tot een beperking van de output. Dit is niet het geval bij perfecte prijsdiscriminatie, maar deze vorm komt op reële markten niet voor. In de tweede plaats worden efficiëntieverliezen veroorzaakt door de handelings van de monopolist, die erop gericht zijn een monopoliepositie te verwerven of te behouden en te verstevigen. Deze uitsluitingspraktijken, in het bijzonder het afschrikken van markttoetreding tot de markten waar hoge winsten worden gerealiseerd, zijn een zuiver welvaartsverlies. Omdat een monopolist slechts een beleid van prijsdiscriminatie zal voeren wanneer dit past in het kader van zijn streven naar winstmaximalisatie, mag worden aangenomen dat de kosten van de uitsluitingspraktijken van de discriminerende monopolist hoger zijn dan die van een niet-discriminerende monopolist. Ten slotte moeten tevens de kosten van het indelen van klanten in groepen en het gescheiden houden van de «hoge-prijs-groepen» en de «lage-prijs-groepen» (bv. door middel van distributiesystemen of produktdifferentiatie) in rekening worden gebracht. Deze transactiekosten kunnen zo hoog oplopen dat de monopolist geen voordeel aan de prijsdiscriminatie overhoudt. Zolang de marginale opbrengst van de prijsdiscriminatie de marginale kosten van de indeling in klantengroepen overstijgt, blijft de prijsdiscriminatie voor de monopolist echter zinvol en worden additionele welvaartsverliezen gecreëerd⁴¹. Het voorgaande samenvattend kan worden besloten dat de welvaartsverliezen bij systematische onvolkomen prijsdiscriminatie aan drie oorzaken te wijten zijn: de reductie van de output, de kosten van de uitsluitingspraktijken en de transactiekosten van de discriminerende verkoper.

15. Alvorens conclusies te kunnen trekken met betrekking tot de wenselijke inhoud van een in het mededingingsrecht op te nemen verbod van prijsdiscriminatie moet de bovenstaande statische benadering worden aangevuld met een dynamische analyse. Wanneer prijsdiscriminatie in dynamische termen wordt geanalyseerd, komen twee nog onbesproken effecten te voorschijn, waarvan het eerste mededingsbevorderend en het tweede mededingsbeperkend is. In de eerste plaats zijn prijsdiscriminaties dikwijls een onmisbaar element van de (beperkte) prijsconcurrentie op oligopolistische markten. Oligopolisten kunnen trachten een concurrentievoorsprong te halen door middel van prijsdalingen, die zij geheim zullen willen houden om te verhinderen dat hun concurrenten de prijsdaling onmiddellijk beantwoorden. Deze geheime prijsdiscriminaties zijn dikwijls de voorbode van een algemene prijsdaling⁴². Het gaat hier uiteraard om sporadische prijsdiscriminaties, die vaak worden uitgelokt door een machtige inkoper⁴³. De kortingen die aanvankelijk in het geheim aan een vrager met inkoopmacht

⁴¹ HOVENKAMP, H., *Economics and Federal Antitrust Law*, St. Paul, Minn., West, 1985, 344-345.

⁴² SCHERER, F.M. en ROSS, D., o.c., 308-311.

⁴³ Zie, over de «countervailing power» van machtige inkopers, GALBRAITH, J., *American Capitalism. The Concept of Countervailing Power*, Boston, Houghton Mifflin, 1956, 108-134; SCHERER, F.M. en ROSS, D., o.c., 527-535; VAN DEN BERGH, R., o.c., 121-128.

³⁹ PIGOU, A.C., *The Economics of Welfare*, Londen, 1929, 279.

⁴⁰ SCHERER, F.M. en ROSS, D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3de ed., Boston, Houghton Mifflin, 1990, 489.

worden toegestaan, zullen zich geleidelijk uitbreiden, met als gevolg dat de prijzen in het algemeen zullen dalen en dat elke afnemer ervan zal kunnen profiteren. Sporadische geheime prijsdiscriminaties zijn vaak het enige middel om de strakke prijspolitiek van een oligopolie te doorbreken. Met deze gunstige werking dient het mededingingsrecht uiteraard rekening te houden.

Het tweede effect van prijsdiscriminatie, dat in een dynamische benadering aandacht verdient, toont daarentegen ongunstige gevolgen voor de mededinging. Prijsdiscriminatie is tevens een middel om monopoliemacht te verwerven; ze vermeerdert de kansen op succesvolle *predatory pricing*. Het doorvoeren van prijsverlagingen met de bedoeling concurrenten uit te schakelen of nieuwe markttoetredingen te verhinderen zal vlugger tot blijvende mededingingsschade leiden wanneer de onderneming die de prijsoorlog start, in staat is te discrimineren en zo haar risico in de prijsoorlog beperkt. Kortingen moeten dan immers alleen worden toegestaan aan uitgezochte klanten, zodat het eventueel verlies tot deze klantengroep beperkt blijft. Wel moet opnieuw worden benadrukt dat het hier gaat om prijsdiscriminaties die alleen kunnen worden volgehouden door ondernemingen met marktmacht, die in staat zijn klantengroepen van elkaar te isoleren. Op contesteerbare markten heeft een politiek van *predatory pricing* geen kans van slagen ⁴⁴.

16. Wanneer men allocatieve efficiëntie als de centrale doelstelling van het mededingingsrecht vooropstelt, leidt de economische analyse tot de volgende conclusies op het beleidsvlak. Sporadische discriminatie is een essentieel bestanddeel van de prijsconcurrentie. Een verbod van prijsdiscriminatie moet beperkt blijven tot gevallen van systematische discriminatie. Systematische discriminaties zijn in de regel alleen mogelijk door ondernemingen in machtspositie ⁴⁵. Wanneer de discriminatie zich – wat betreft de tijdregelmaat – bevindt in de grijze zone (intermitterende discriminatie), is een verbod slechts aangewezen op markten met een ver gevorderde concentratiegraad ⁴⁶. Het marktaandeel (rekening houdend met de overige competitieve voordelen) van de discriminerende leverancier zal dan (nog) groter moeten zijn. Om te verhinderen dat het mededingingsrecht sporadische prijsdiscriminaties treft, moeten de toepasselijke rechtsregels tot een onderzoek naar het vervuld zijn van de voorwaarden voor systematische prijsdiscriminaties dwingen. Het bezit van marktmacht en het isoleren van klantengroepen zijn daarom onmisbare beoordelingsfactoren. Bij intermitterende prijsdiscriminaties zal bijzondere nadruk moeten worden gelegd op het eerste element. Geenszins is het nodig het concept «machtspositie» uit te hollen (door de afbakening van kunstmatig enge relevante markten of de introductie van afhankelijkheidsnoties) om de concurrentieschadelijke prijsdiscriminaties onder controle te krijgen. Bij dergelijke praktijken vloeien de machtspositie en het misbruik immers samen tot een zelfde feitencomplex. De vaststelling van de systematische prijsdiscriminatie, be-

veiligd door marktopsplitsing, zal tegelijk het bewijs van het misbruik en van de machtspositie opleveren. Systematische prijsdiscriminatie kan daarom het voorwerp zijn van een *per se*-verbodsnorm. Op deze wijze wordt vermeden dat problemen bij de structuuranalyse een hinderpaal vormen voor de controle van mededingingsbeperkende gedragingen. *Per se*-verboden verhogen daarenboven de rechtszekerheid.

IV. Het huidig mededingingsrecht getoetst aan het efficiëntie criterium

A. Verkoopsweigerings

17. Verkoopsweigerings wordt vaak beoordeeld op basis van argumenten die weinig te maken hebben met economische efficiëntie. De nadruk ligt veeleer op de «eerlijkheid» van de handelstransacties en op de bescherming van kleine en middelgrote afnemers als een waarde op zich. Dit is zonder meer duidelijk wanneer verkoopsweigerings aan de algemene verbodsnorm van oneerlijk handelsgedrag wordt getoetst. Het kwalificeren van een verkoopsweigerings als strijdig met de eerlijke handelsgebruiken wanneer het belang van de weigeraar onevenredig is met de schade voor de benadeelde afnemer ⁴⁷ of het opleggen van een verplichting tot contracteren tot bescherming van een afhankelijke afnemer tegen een leverancier aan wie ten onrechte een machtspositie wordt toegekend ⁴⁸, zijn voorbeelden van inefficiënte rechtspraak.

Inefficiënties zijn niet alleen in het recht van de onrechtmatige mededinging te vinden. De zorg om «eerlijkheid» en bescherming van afhankelijke afnemers domineert ook de beoordeling van de verkoopsweigerings in het Europees mededingingsrecht. Uit de beschikkingspraktijk en rechtspraak op grond van art. 86 EG-Verdrag volgt als vaste leer dat een verkoopsweigerings door een fabrikant in machtspositie ten nadele van een «vaste klant» zonder objectieve rechtvaardiging misbruik oplevert ⁴⁹. Wanneer er geen langlopende contracten waren gesloten en de afnemers slechts «occasionele klanten» waren, zoals de onafhankelijke aardoliedealers ten tijde van de bevoorradingscrisis in de jaren zeventig ⁵⁰, werd geen misbruik vastgesteld. Het niet inlossen van rechtmatige verwachtingen van afnemers staat centraal; doorslaggevend zijn niet de eventuele negatieve effecten op de mededinging. Om afhankelijke afnemers tegen verkoopsweigerings te beschermen wordt de relevante markt zeer eng afgebakend. Duidelijke voorbeelden zijn de markten voor de afgifte van gelijkvormigheidsattesten, die kunstmatig werden afgescheiden van de markt van de personenwagens ⁵¹ en de markt voor vervangingsonderdelen van het merk Hugin,

⁴⁴ Zie verder VAN DEN BERGH, R., «Prijsonderbieding door een Onderneming in Machtspositie», *S.E.W.*, 1992, 64-75, met verwijzingen.

⁴⁵ Systematische discriminatie op concurrentiële markten komt nauwelijks voor en is mededingingspolitiek gezien onbelangrijk.

⁴⁶ Zie DE JONG, H.W., «Machtspositie en Prijspolitiek», *T.V.V.S.*, 1980, 130.

⁴⁷ In de rechtspraak wordt de leer van het rechtsmisbruik gehanteerd als een beperking van de vrijheid te contracteren. Zie Cass., 27 juni 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1516; Brussel, 31 mei 1988, *T.B.H.*, 1989, 702, 710, met noot BALLON, G.L.

⁴⁸ Voorz. Kh. Brussel, 20 april 1990, *Jaarboek Handelspraktijken*, 1990, 341.

⁴⁹ H.v.J., zaak 27/76, 14 februari 1978, *Jur. H.v.J.*, 1978, 295, ov. 182 (Chiquita-bananen).

⁵⁰ H.v.J., zaak 77/77, 29 juni 1978, *Jur. H.v.J.*, 1978, 1528, ov. 31.

⁵¹ H.v.J., zaak 26/75, 13 november 1975, *Jur. H.v.J.*, 1975, 1367 (General Motors).

die werd afgescheiden van de markt van de kassaregisters⁵². In werkelijkheid leidt de afbakening van dergelijke enge relevante markten slechts tot de vaststelling van afhankelijkheidsrelaties. Op deze wijze wordt art. 86 een instrument tot bescherming van concurrenten, waarbij het belang van de concurrentie op de achtergrond verdwijnt. Een zelfde resultaat wordt bereikt wanneer de afhankelijkheidsnotie niet via een te enge afbakening van de relevante markt maar, zoals in Duitsland en Frankrijk, door de introductie van concepten van relatieve marktmacht wordt geïntroduceerd. De wijzigingen van het Duitse en Franse mededingingsrecht dienen de belangen van concurrenten en niet het belang van de concurrentie. Voorstellen om de aan de gang zijnde afzwakking van het machtspositiecriteria in art. 86 EG-Verdrag te consolideren door gebruik te maken van de alternatieve «théorie du partenaire obligatoire»⁵³ zijn pleidooien voor een inefficiënt mededingingsrecht.

Wanneer men niet het oog houdt op het functioneren van het mededingingsproces maar slechts kleine en middelgrote afnemers wil beschermen, stuit men overmatig op problemen die slechts ten koste van inefficiënties kunnen worden opgelost. Een verkoopswijgering kan zijn geïnspireerd door de zorg transactiekosten uit te sparen. Hugin weigerde vervangingsonderdelen te leveren aan Liptons omdat een eigen onderhouds- en herstellingsdienst kon verhinderen dat aan de goede reputatie van de Hugin-kassaregisters schade zou worden toegebracht door onafhankelijke en slecht gekwalificeerde herstellingsbedrijven. In deze omstandigheden is verkoopswijgering een instrument van verticale integratie en een efficiëntieverhogende maatregel. Een verbod van verkoopswijgering, ongeacht zijn juridische grondslag (misbruik van economische machtspositie, verboden discriminatie door relatief marktmachtige ondernemingen of met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daad), dat geen ruimte laat voor het inroepen van deze besparingen als verweer werkt welvaartsverlagend. Dit ongewenste resultaat kan worden voorkomen door de reductie van transactiekosten als rechtvaardigingsgrond te hanteren. Aangezien efficiëntieverliezen daarenboven slechts optreden bij marktmacht aan zowel de aanbod- als de vraagzijde van de markt, leidt het gebruik van de afhankelijkheidsnotie onvermijdelijk tot welvaartverliezen. Het concept van de relatieve marktmacht en *a fortiori* de notie van de eerlijke handelsgebruiken (waarbij het bezit van marktmacht volledig irrelevant is) zijn dus ongeschikte concepten voor een welvaartverhogend concurrentierecht.

18. Ondanks de nadruk op *fairness* in de verticale relaties biedt art. 86 EG-Verdrag een aantal toepassingen waarbij de verkoopswijgering een ongunstige invloed had op de mededinging omdat de onderneming in machtspositie op deze wijze beoogde concurrenten uit te schakelen of mogelijk

nieuwkomers de markttoegang wilde belemmeren. In de reeds oudere *Commercial Solvents*-zaak ging het om de weigering een grondstof te leveren aan een verwerkend bedrijf omdat de onderneming in machtspositie zelf op de markt van het eindproduct actief wilde worden⁵⁴. In de meer recente zaken *Boosey en Hawkes* en *Sabena* kon eveneens mededingingsschade in de horizontale relatie worden aangetoond. De verkoopswijgering van Boosey en Hawkes was erop gericht een joint venture tussen een afnemer en een potentiële concurrent te ontmoedigen⁵⁵. De weigering van Sabena aan concurrenten toegang te verlenen tot het gecomputeriseerd reservatiesysteem met de bedoeling de prijzen hoog te houden leidde eveneens tot een beschikking op grond van art. 86⁵⁶, waarbij het misbruikverbod op een mededingingsconforme wijze werd gehanteerd. Ook in deze zaak stond niet enkel het belang van individuele concurrenten, maar ook dat van de mededinging, op het spel.

19. De meeste klachten over verkoopswijgering houden nauw verband met de geldigheid van de door fabrikanten opgezette distributiesystemen. De organisatie van de distributie veroorzaakt belangrijke transactiekosten. In randnummer 11 werd reeds benadrukt dat maatregelen moeten kunnen worden genomen om de mogelijkheid van strategisch gedrag uit te sluiten. Deze maatregelen kunnen verschillende vormen aannemen. Absolute territoriale gebiedsbescherming en verticale prijsbinding liggen het meest voor de hand om respectievelijk de verkoopsinspanningen van de importeur en van een lokale detailhandelaar tegen *free riding* te beschermen. Beide technieken zijn echter in de regel zware inbreuken op de EG-concurrentieregels.

Het huidige statuut van concurrentiebeperkingen in het EG-mededingingsrecht is een schoolvoorbeeld van inconsistentie. Praktijken die dezelfde economische betekenis hebben, moeten op dezelfde wijze worden behandeld. Economisch gezien zijn zowel volledige verticale integratie als verticale concurrentiebeperkingen middelen om transactiekosten te reduceren. Een coherente juridische regeling behandelt deze technieken op uniforme wijze en niet, zoals het huidige Europees concurrentierecht, op basis van legalistische detailregels waarbij een alomvattende beleidsvisie ontbreekt. Terwijl in de *leading case* *Consten en Grundig*⁵⁷ het heilig beginsel wordt vooropgesteld dat absolute territoriale gebiedsbescherming de basisdoelstelling van marktintegratie doorkruist en daarom een zeer ernstige inbreuk op de EG-concurrentieregels uitmaakt, erkent het Hof van Justitie later in het *Pronuptia*-arrest dat het toekennen van een exclusief territorium aan de franchisee noodzakelijk kan zijn om deze ertoe over te halen de uit de franchising-overeenkomst voortvloeiende verplichtingen op zich te nemen⁵⁸. Het toekennen van een exclusief territorium gekoppeld aan de verplichting om de franchise enkel vanuit de contractsvestiging te exploiteren, zoals deze afspraken uiteindelijk in Verordening 4087/88 van het kartelverbod worden vrijgesteld, biedt de franchisee een gebiedsbescherming

⁵² H.v.J., zaak 22/78, 31 mei 1979, *Jur. H.v.J.*, 1979, 1869. Ook in de Hilti-zaak werd een onderscheid gemaakt tussen de markt voor het hoofdproduct en de deelmarkten voor onderdelen (markten voor schiethamers, Hilti-compatibele patroonstrips en Hilti-compatibele nagels). Zie Beschikking van de Europese Commissie, 22 december 1987, *Pb. L* 65 van 11 maart 1988, 19.

⁵³ Zie HOET, P., «Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire. Sur la surestimation de la délimitation du 'marché en cause' dans la détermination de la position dominante de l'article 86 du traité CEE», *Revue du Marché Commun*, 1989, 135-157.

⁵⁴ H.v.J., zaken 6 en 7/73, 6 maart 1974, *Jur. H.v.J.*, 1974, 223.

⁵⁵ Beschikking van de Europese Commissie, 29 juli 1987, *Pb. L* 286 van 9 oktober 1987, 36.

⁵⁶ Beschikking van de Europese Commissie, *Pb. L* 317 van 4 november 1988, 47.

⁵⁷ H.v.J., zaken 56 en 58/64, 13 juli 1966, *Jur. H.v.J.*, 1966, 449.

⁵⁸ H.v.J., zaak 161/84, 28 januari 1986, *Jur. H.v.J.*, 1986, 353.

die veel verder reikt dan de bescherming tegen actieve verkooppolitiek, die aan de alleenverkoper mag worden toegekend. Anderzijds kan worden verhinderd dat alleenverkopers zich bij elkaar bevoorraden, terwijl de doorverkoop tussen franchisees niet kan worden belet, zodat een systeem van alleenverkoop interessanter lijkt voor een producent die tot op zekere hoogte prijsverschillen tussen deelmarkten in stand wil houden. Hoe dan ook bestaat de veiligste manier om de gemeenschappelijke markt te compartimenteren erin over te gaan tot volledige verticale integratie. Wanneer niet wordt verkocht aan zelfstandige ondernemingen, worden er immers geen concurrentiebeperkende afspraken in de zin van art. 85 EG-Verdrag gemaakt.

Een concurrentierecht voor de verruimde Europese markt kan zich deze flagrante inconsistentie niet langer veroorloven. De overweging dat investeringen alleen gebeuren wanneer opbrengsten zijn gewaarborgd en het daarom noodzakelijk kan zijn de integriteit van het distributiesysteem te waarborgen, geldt niet alleen voor franchisees, maar eveneens voor alleenverkopers en gespecialiseerde detailhandelaars.

B. Prijsdiscriminatie

20. Een efficiëntieverhogende kartelwetgeving dient zich enkel zorgen te maken over systematische discriminaties, die slechts kunnen worden volgehouden wanneer de discriminerende onderneming marktmacht bezit. Uit het vereiste van het bezit van marktmacht vloeit meteen voort dat prijsdiscriminatie niet met behulp van de algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken mag worden verboden. Bij de beoordeling van de vraag of deze verbodsnorm toepasselijk is, speelt het al dan niet bezitten van marktmacht geen enkele rol. Voor de vaststelling van ongunstige gevolgen van prijsdiscriminaties op de mededinging is dit nochtans een onmisbare beoordelingsfactor. Wanneer prijsdiscriminaties worden getoetst aan de eerlijkheidsnorm ligt het gevaar voor de hand dat vooral zal worden gelet op de belangen van individuele handelaren en dat de relevante vraag naar de efficiëntie van de bestreden praktijk niet eens zal worden gesteld. De «horror story» van de benzineoorlog bevestigt dit gevaar⁵⁹. Om een dergelijk onheil in de toekomst te voorkomen moge hier nogmaals worden benadrukt dat voor de controle van prijsdiscriminaties aan het recht van de onrechtmatige mededinging geen enkele rol kan worden toegekend. De enige wetgevende oplossing die hier heil kan brengen, bestaat erin de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel uitdrukkelijk uit te sluiten. Enkel op deze wijze kan worden voorkomen dat sporadische prijsdiscriminaties, die voor het functioneren van de mededinging onmisbaar zijn, als oneerlijk handelsgedrag worden verboden en dat prijsarbeid in plaats van prijsconcurrentie tot (eerlijkheids)norm wordt verheven.

21. De buitenlandse ervaringen tonen aan dat een regeling buiten het recht van de onrechtmatige mededinging (*unfair trade practices*) op zichzelf nog geen voldoende garanties biedt. De Amerikaanse, Franse en Oostenrijkse wetgeving bevatten een algemeen discriminatieverbod, dat van toepassing is ongeacht de marktmacht van de «discriminerende»

onderneming. De reikwijdte van het verbod is dus te ruim, wat ertoe kan leiden dat discriminaties worden verboden die voor het behoud van het mededingingsproces onmisbaar zijn. Bovendien verbieden de Amerikaanse en de Franse wet prijsverschillen en raken zij hoogstens indirect en eerder bij wijze van toeval de ware problematiek van de prijsdiscriminaties. Wanneer verkoopprijzen gelijk zijn, wil dit geenszins beduiden dat er geen discriminatie kan worden vastgesteld. Twee verkopen tegen dezelfde prijs vormen, economisch gezien, een discriminatie wanneer de marginale kosten verschillen. Het algemeen discriminatieverbod in de Amerikaanse en de Franse wet hebben deze discriminaties niet onder controle. Hetzelfde probleem rijst met betrekking tot de formulering in het EG-Verdrag, maar daar gaat het slechts om een voorbeeld, zodat toch alle verschijningsvormen van economische discriminatie kunnen worden bestreden door «het toepassen van gelijke voorwaarden bij ongelijkwaardige prestaties» als een niet uitdrukkelijk genoemd geval van concurrentiebeperkende afspraken of misbruik van economische machtspositie te beschouwen. De Amerikaanse Robinson-Patman Act is bovendien alleen van toepassing op producten en heeft geen vat op de in de praktijk veel meer voorkomende discriminaties bij het aanbod van diensten. Vooral de lakse interpretatie van het vereiste van mededingingschade heeft nadelige effecten voor de concurrentie veroorzaakt. Bijzonder schrijnend is dat de voor het behoud van het mededingingsproces weinig relevante concurrentieschade op de *secondary line* gemakkelijker kan worden aangevoerd (substantiële prijsverschillen vormen een voldoende bewijs) dan de voor het behoud van het mededingingsproces noodzakelijke concurrentieschade op de *primary line*⁶⁰.

22. Uit het voorgaande mag niet worden besloten dat het mededingingsrecht op het vlak van prijsdiscriminaties geen taak te vervullen heeft. De beschikkingspraktijk en rechtspraak inzake art. 86 EG-Verdrag tonen een aantal gevallen van concurrentieschadelijke systematische prijsdiscriminaties. De sterk uiteenlopende – en tevens langdurig (3 à 4 jaren) voorkomende – prijzen van de Chiquita-bananen werden beveiligd door een systeem van marktopsplitsing: het verbod bananen door te verkopen in groene staat⁶¹. In de Vitaminen-zaak⁶² kon worden vastgesteld hoe een systeem van getrouwheidskortingen systematische prijsdiscriminaties gedurende vijf jaren in stand hield; de discriminatie was hier een instrument om de markt voor potentiële concurrenten te sluiten⁶³.

Men merkt meteen het scherpe contrast tussen de zoëven beschreven concurrentieschadelijke prijsdiscriminaties en de sporadische prijsverschillen die op grond van art. 54 WHP (oud) als oneerlijk handelsgedrag werden bestreden⁶⁴.

C. En de «gelijkheid»?

23. De oplossingen die in de vorige randnummers werden voorgesteld, zijn gebaseerd op het criterium der allocatieve

⁶⁰ Zie verder VAN DEN BERGH, R., o.c., 202-214.

⁶¹ Zie verder VAN DEN BERGH, R., o.c., 444.

⁶² H.v.J., zaak 85/76, 13 februari 1979, *Jur. H.v.J.*, 1979, 461.

⁶³ DE JONG, H.W., l.c., 132.

⁶⁴ Voor een overzicht, zie DE BAUW, H., o.c.

⁵⁹ VAN DEN BERGH, R., l.c., T.B.H., 1984.

efficiëntie. Door dit criterium als grondslag van het mededingingsrecht voorop te stellen, kon aan de vage notie gelijkheid een meer concrete inhoud worden gegeven en konden tevens de conflicten met het vrijheidsbeginsel worden opgelost. Tegen deze benadering kan natuurlijk worden ingebracht dat allocatieve efficiëntie niet de centrale doelstelling van het mededingingsrecht is en dat het gelijkheidsbeginsel een functie moet vervullen als motor van «rechtvaardige» oplossingen. Toegegeven moet worden dat het mededingingsrecht ook kan worden gehanteerd als instrument voor de verdeling van economische macht en ter wille van «gelijke» concurrentiekansen voor kleine ondernemingen. Volgt men deze beleidslijn, dan moet men bereid zijn de kosten van de gecreëerde inefficiënties te dragen. Bovendien zijn inconsistenties dan onvermijdelijk omdat nu eens het belang van de mededinging en dan weer het belang van individuele concurrenten zal primeren. Tot op zekere hoogte kunnen deze inconsistenties worden vermeden door maatregelen tot bescherming van kleine, afhankelijke ondernemingen niet in de mededingingswetgeving maar in een «Wet tot bescherming van de kleine en middelgrote ondernemingen» op te nemen.

Met de inefficiënties ligt het moeilijker. Velen zullen niet bereid zijn een inefficiënt mededingingsrecht te accepteren. Toch is een wet of een rechterlijke uitspraak niet «slecht», omdat inefficiënties worden gecreëerd. Deze inefficiënties kunnen omwille van «hogere waarden» worden geaccepteerd zolang tenminste de inefficiënte regulering deze hogere waarden effectief realiseert. Wanneer daarentegen inefficiëntie gepaard gaat met ineffectiviteit, blijft geen enkele reden overeind om de regulering in stand te houden. Bij discriminatieverboden wringt precies hier de schoen.

De discriminatieverboden zijn niet in staat gebleken een effectieve bescherming van kleine en afhankelijke afnemers te garanderen. Ze hebben op dit vlak integendeel eerder averechtse effecten teweeggebracht. De Amerikaanse Robinson-Patman Act werkte vooral in het nadeel van inkoopcombinaties van kleine detailhandelaren en van klassieke groothandelaren, die met uniforme prijslijsten werden geconfronteerd waarop geen functionele kortingen voorkwamen. De grote distributiebedrijven wisten de wet naar hun hand te zetten: door een beroep op de in de Robinson-Patman Act voorkomende rechtvaardigingsgronden konden zij harde concurrentie tussen leveranciers uitlokken en zo nog betere inkoopvoorwaarden krijgen⁶⁵. Het Duitse discriminatieverbod werd reeds driemaal gewijzigd omdat het zijn doel miste en daarenboven averechtse effecten veroorzaakte. De laatste wijziging wil onder meer verhinderen dat grote distributiebedrijven op het verbod een beroep doen om levering van bekende merkartikelen af te dwingen, zodat zij de gespecialiseerde detailhandel beter kunnen beconcurreren op diens eigen terrein⁶⁶.

V. Besluit

De voornaamste besluiten van dit preadvies kunnen in de vorm van stellingen worden weergegeven.

⁶⁵ Zie verder VAN DEN BERGH, R., o.c., 293-300 en 584.

1° Het gelijkheidsbeginsel biedt, door zijn vaagheid en conflicten met het beginsel van mededingingsvrijheid, niet steeds een deugdelijke grondslag voor een coherent welvaartsverhogend mededingingsrecht. Het criterium der allocatieve efficiëntie is beter in staat deze functie te vervullen. Door allocatieve efficiëntie te hanteren als groeipool van het mededingingsrecht worden tevens de spanningen tussen het gelijkheidsbeginsel en het vrijheidsbeginsel overwonnen.

2. Het afwijzen van allocatieve inefficiëntie als grondslag van het mededingingsrecht leidt niet alleen tot welvaartsverliezen, maar veroorzaakt tevens inconsistenties binnen het mededingingsrecht telkens wanneer het belang van de mededinging wordt geofferd op het altaar van de bescherming van kleine ondernemingen. Discriminatieverboden, die omwille van de «rechtvaardigheid» van de marktuitskomsten zijn uitgevaardigd, blijken bovendien het vooropgestelde doel van middenstandsbescherming niet te realiseren. Inefficiëntie gaat dus samen met ineffectiviteit.

3. Wanneer allocatieve efficiëntie als grondslag van het mededingingsrecht wordt gehanteerd, zal verkoopsweigeren slechts in uitzonderlijke gevallen een tussenkomst van de zeteloverheid noodzakelijk maken. Op niet geconcentreerde markten vormen unilaterale verkoopsweigeringen geen reden tot bezorgdheid. Bij gevorderde concentratie, in het bijzonder aan beide zijden van de markt, moeten verkoopsweigeringen worden verboden wanneer zij leiden tot het verkrijgen of het verstevigen van een machtspositie. Steeds moet evenwel een efficiëntie-verweer mogelijk blijven. Verkoopsweigeringen uitgaande van ondernemingen in machtspositie of van een kartel moeten kunnen worden gerechtvaardigd op grond van overwegingen van economische efficiëntie. Het reduceren of uitsparen van transactiekosten moet in de regel als rechtvaardigingsgrond voor de verkoopsweigeren gelden.

4. Prijsdiscriminaties houden slechts een gevaar in voor de mededinging wanneer ze uitgaan van ondernemingen met marktmacht en systematisch van aard zijn. Bij intermitterende discriminaties zullen slechts inefficiënties optreden op markten met ver gevorderde concentratie. Sporadische discriminaties zijn daarentegen essentieel voor het functioneren van de mededinging. De karteloverheid moet vooral interveniëren ten aanzien van gevallen van marktopplitsing, waarbij systematische discriminaties door het isoleren van klantengroepen worden bestendigd.

Prof. dr. Roger VAN DEN BERGH
Universiteit Antwerpen (UIA, RUCA, UFSIA)
Katholieke Universiteit Brussel

⁶⁶ Met dit doel werden de woorden «kleine und mittlere Unternehmen» in § 26 Abs. GWB ingelast (zie Begründung des Regierungsentwurfs, *WuW*, 1990, 345-346). Deze wijziging bevestigt uitdrukkelijk dat het Duitse kartelrecht ook een instrument van (welvaartsverlagende) middenstandspolitiek is.