

RECHT EN GELIJKHEID

– EEN TOT NASCHRIFT HERWERKTE INLEIDING * –

1. Op de recente *Congressen van de Vlaamse Juristenvereniging* werd gereflecteerd over de grondbegrippen, of mogen wij zeggen de «*categorieën*» waarin ons recht de werkelijkheid benadert en begrijpt: gezin, eigendom, aansprakelijkheid, contract, e.d.m. Voor dit Congres rond het gelijkheidsbeginsel wordt aangeknoopt bij de thans groeiende belangstelling voor de betekenis en de draagwijdte van *algemene rechtsbeginselen*. Deze belangstelling kwam reeds in het vorige, Gentse, Congres over «de goede trouw – redelijkheid en billijkheid in het recht», tot uiting. In het gekozen thema zindert de belangstelling na voor de grote beginselen van de Franse Revolutie die in de Westerse samenleving nog steeds als een programmatische opgave worden ervaren. Tevens biedt de gelijkheidsproblematiek gelegenheid tot beoefening van een boeiende vorm van interne rechtsvergelijking, namelijk tussen publiekrecht en privaatrecht.

De meest directe aanleiding voor de *keuze van het thema* is natuurlijk de uitbreiding – sedert 1989 – van de bevoegdheid van het Arbitragehof om wetten, decreten en ordonnances te toetsen aan grondwettelijke bepalingen, met name aan die betreffende de gelijkheid. Deze voor ons land zeer ingrijpende, om niet te zeggen revolutionaire, wijziging van ons grondwettelijk bestel maakt het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel afdwingbaar ten aanzien van de wetgever. Het jaar 1989 is een belangrijk scharnierjaar voor de juridische benadering van de gelijkheidsproblematiek. Niet alleen werd door de grondwetsherziening van 15 juli 1988 en de bijzondere wet van 6 januari 1989 het Arbitragehof bevoegd gemaakt om wetgevende akten te toetsen aan drie bepalingen van de Grondwet, namelijk aan artikel 17 (vrijheid van onderwijs) en aan de artikelen 6 en 6bis. Tevens werd de Raad van State bevoegd, door de wet van 16 juni 1989, om de schorsing van de uitvoering van een aangevochten akte of verordening te bevelen indien het beroep een schending van art. 6, 6bis of 17 van de Grondwet aanvoert¹.

Dat deze toetsingsbevoegdheden er uitgerekend in 1989 zijn gekomen is bij de parlementaire voorbereiding niet ongemerkt voorbijgegaan, en zo verklaarde toenmalig eerste minister Martens in de Senaat²:

«In 1989, tweehonderd jaar na het magische 1789, zal de gelijkheid van de burgers en het verbod om hen te discrimineren, juridisch afdwingbaar worden. Voortaan zal het Arbitragehof oordelen of de wet en het decreet 'gelijke gevallen gelijk behandelt', of er geen vormen van onderscheid worden aangebracht die redelijkerwijs niet verantwoord zijn.»

mineren, juridisch afdwingbaar worden. Voortaan zal het Arbitragehof oordelen of de wet en het decreet 'gelijke gevallen gelijk behandelt', of er geen vormen van onderscheid worden aangebracht die redelijkerwijs niet verantwoord zijn.»

Toen wist men nog niet dat 1989 de geschiedenis niet alleen, of zelfs niet zozeer zou ingaan als de tweehonderdste verjaardag van de Franse Revolutie dan ook, of eerder als het jaar van de val van de Berlijnse Muur, en daarmee tevens de val van het communistisch egalitarisme.

Zoals recentelijk met enig sarcasme werd opgemerkt, interesseerde de juridische gelijkheid in ons land vóór 1989 vooral de rechtsfilosofen alsmede misschien enkele documentaristen die zich afvroegen welke arresten onder het trefwoord «gelijkheid» moesten worden gerubriceerd³. Sedert 1989 lijken, te oordelen naar de conclusies van de rechtspraktizijnen, alle juridische problemen, tot de meest banale toe, een gelijkheidsdimensie te hebben gekregen.

2. De gelijkheid ontwikkelde zich hierdoor tot een bevoegdheidscriterium dat met de passende rigueur dient te worden omschreven. Inderdaad kreeg het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van de desbetreffende rechtscolleges een *juridisch gelaat met vrij scherp omliggende contouren*. In het allereerste arrest van het Arbitragehof inzake de gelijkheid, het schorsingsarrest in de zaak Biorim⁴, omschrijft dit Hof het als volgt:

«De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling volgens bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een *objectieve* en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld met betrekking tot het doel en de gevolgen van de overwogen maatregel; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel.»

Het Hof sloot daarbij om zo te zeggen letterlijk aan bij de verwoording die door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens eerder was gegeven aan het non-discriminatiebeginsel van art. 14 E.V.R.M. in de Belgische Taalzaak⁵. Iedere student kent de sleutelwoorden daaruit die het moge-

* Deze bijdrage is een bijgewerkte versie van de inleiding uitgesproken door Congresvoorzitter H. COUSY op het XXXVe Congres van de Vlaamse Juristenvereniging, nadien op grond van nabeschouwende gesprekken aangevuld en herwerkt door ondergetekende auteurs.

¹ Deze schorsingsbevoegdheid werd intussen door de Wet van 19 juli 1991 verruimd tot alle gevallen waarin een ernstig middel van onrechtmatigheid wordt ingeroepen en een moeilijk te herstellen ernstig nadeel wordt aangetoond. Daarbij werd ook het stelsel van de automatische schorsing van de wet van 16 juni 1989 opgeheven.

² W. MARTENS, in *Gedr.St., Senaat*, 1988-89, nr. 483-2, p. 4.

³ P. MARTENS (Rechter in het Arbitragehof), «Egalité et non-discrimination devant le Conseil d'Etat», in *Gelijkheid en non-discriminatie* (red. A. Alen en P. Lemmens), Antwerpen, Kluwer, 1991, 135 e.v.

⁴ Arbitragehof, 13 juli 1989, nr. 21/89, *B.S.*, 21 juli 1989, 12781; zie ook het eindarrest van 13 oktober 1989, nr. 23/89, *B.S.*, 8 november 1989, 18397, *R.R.D.*, 1989, 619, noot DELGRANGE, X., «Quand la Cour d'Arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg».

⁵ E.H.R.M., 23 juli 1968, *Publ. Cour, E.D.H., Arrêts et décisions*, Serie A, vol. 6.

lijk maken de zogenaamde geoorloofde differentiatie te onderscheiden van de zogenaamde verboden discriminatie:

- een legitieme doelstelling van de norm die onderscheid maakt,
- een objectief onderscheidingscriterium,
- de relevantie van het gehanteerde onderscheid voor het nagestreefde doel,
- de evenredigheid van de aangewende middelen (onderscheid) met het met de norm nagestreefde doel⁶.

De Raad van State en het Hof van Cassatie hebben zich van oudsher over het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel van art. 6 en art. 112 Grondwet (gelijkheid voor de belastingen) uitgesproken, zij het niet om wetten te toetsen aan de Grondwet, maar wel om beslissingen van de uitvoerende macht te toetsen op hun wettigheid (in het vernietigingscontentieux voor de Raad van State dan wel via art. 107 Grondwet voor de Hoven en Rechtbanken), wat het Hof van Cassatie betreft minstens indirect door de wettigheidstoetsing van rechterlijke beslissingen. Ook zij leunen in hun rechtspraak sedert de zeventiger jaren dicht aan tegen de genoemde verwoording van het E.H.R.M., waarbij ook het Arbitragehof aansluiting heeft gezocht⁷.

En hoewel het Verdrag van Rome evenmin als de andere verdragen betreffende de Europese Gemeenschappen een uitdrukkelijke of afzonderlijke formulering van een algemeen gelijkheidsbeginsel bevat, vinden we er wel meerdere bijzondere bepalingen, die volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen even zovele bijzondere uitdrukkingen zijn van dat beginsel, dat een der grondbeginselen van het gemeenschapsrecht zou vormen. Ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie komt duidelijk naar voren dat krachtens het gelijkheidsbeginsel gelijke omstandigheden niet verschillend mogen worden behandeld, tenzij het verschil objectief gerechtvaardigd is of de verschillende behandeling strikt evenredig is met een der doelstellingen van het gemeenschapsrecht; ook hier komen objectiviteit, relevantie en evenredigheid terug.

De eenduidigheid in de verwoording van het gelijkheidsbeginsel door de rechtspraak van de hoogste nationale en supranationale rechtscolleges⁸ is een lovenswaardige verworvenheid. Inmiddels doen echter de vrij revolutionaire ontwikkelingen in de taak van onze hoogste rechtscolleges weer nieuwe en indringende vragen rijzen. Dit bleek nog tijdens het Leuven-Gentse Colloquium «Gelijkheid en non-discriminatie» in 1990. Daar werd onder meer gewezen op de veelheid van rechtscolleges die zich op grond van nationale en supranationale normen op concurrente wijze kunnen uitspreken en op de ruimte voor ongelijke hoogste

rechtspraak die het gevolg is van de ruime appreciatiebevoegdheid die het gelijkheidsbeginsel aan de rechten biedt.

3. De opzet van dit Congres is evenwel niet, de recente rechtspraak van grondwettelijke hoven en/of genoemde hoogste rechtscolleges systematisch te overschouwen. Dat geschiedde reeds op genoemd Colloquium⁹. De opzet van dit Congres is wel het aftasten van de wijze waarop gelijkheidsproblematiek rijst in een achttal rechtstakken. Volledigheid kon daarbij niet worden nagestreefd. Meerdere rechtstakken waarin de gelijkheidsproblematiek traditioneel een prominente rol speelt – zo bv. het grondwettelijk recht en het arbeidsrecht – komen niet expliciet aan bod. In de misschien wat lukraak samengestelde «mix» van vraagstukken die wel aan de orde komen, treft men klassiekers aan zoals het administratief en het fiscaal recht. Er werd evenwel vooral gezocht naar vraagstukken waarbij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel tot nog toe minder werd behandeld of beschreven. Het onderzoek blijft daarbij niet beperkt tot de klassieke uitdrukking van het gelijkheidsbeginsel als gelijkheid voor de wet.

4. Bij de conceptie en uitwerking van dit congressthema werd vastgesteld¹⁰ dat het gelijkheidsbegrip vele facetten vertoont, die vaak met elkaar in conflict kunnen komen. Bij een tweetal begrippelijke onderscheidingen wordt hierna stilgestaan, de eerste klassiek en welbekend, de tweede wellicht controversiëler.

Een klassiek onderscheid tussen twee conflicterende vormen van gelijkheid betreft de *formele tegenover de materiële of substantiële gelijkheid*¹¹. De juridische gelijkheid is een formele gelijkheid, een gelijkheid voor de wet, waardoor personen die zich maatschappelijk gezien in zeer verscheiden situaties bevinden, behandeld worden volgens criteria die aan die maatschappelijke ongelijkheid niets of weinig veranderen. Materiële gelijkheid ziet op het uitvlakken van maatschappelijke ongelijkheden. De complexe verhouding tussen de ene en de andere vorm van gelijkheid komt met name tot uiting in het mechanisme van de omgekeerde, zogenaamd positieve, discriminatie (affirmative action)¹², waarmee sommigen precies materiële gelijkheid willen bereiken door formeel ongelijke behandeling. Dit houdt veelal in dat criteria die door de voorvechters van de gelijkheid doorgaans beschouwd worden als verboden criteria, wél gebruikt zouden mogen worden om precies de zwakkere categorie bij elk van die onderscheidingen te bevoordelen en

⁹ Zie ook de «Geselecteerde bibliografie en selectie uit de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges m.b.t. het gelijkheidsbeginsel» door L. van SCHOU BROECK, in dit nummer.

¹⁰ Dank zij hier gezegd aan de collegae K. Geens, P. Lemmens, P. van Orshoven, P. Senaev en R. Verstraeten, die met ondergetekenden verkennde gesprekken hebben gevoerd ter voorbereiding van het Congres, maar voorts geenszins verantwoordelijkheid dragen voor eventuele zwakheden in uiteindelijk concept en vorm. Daarvoor signeren uitsluitend ondergetekenden.

¹¹ Vgl. het preadvies van F. DE LY, «Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht», *R.W.*, 1991-92, (1141), 1142 e.v. (het hele preadvies is op dit onderscheid gebaseerd) en de slotrede van K. RIMANQUE, nr. 5.

¹² Zie daarover *Positieve actie, positieve discriminatie, voorkeursbehandeling voor vrouwen*, Tegenspraak-cahier nr. 8, Antwerpen, Kluwer 1990; «Positieve discriminatie», *Handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging*, 1989, I.

⁶ Zie voor de recente nadere uitwerking hiervan, behalve de preadvies van dit Congres, de bijdragen in *Gelijkheid en non-discriminatie* (red. A. Alen en P. Lemmens); D. VAN HEUVEN, «Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel», openingsrede Kortrijk 1990, *R.W.*, 1990-91, (585) 587-590.

⁷ Zie voor nadere gegevens het preadvies van S. VAN CROMBRUGGE, «De gelijkheid in het fiscaal recht», *R.W.*, 1991-92, 1203-1204.

⁸ Zie voor een kritischer standpunt P. DE RIDDER, «De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof», *R.W.*, 1990-91, 481 e.v., en de reactie daarop J.-C. VAN SCHOLSEM, «L'égalité devant la Cour d'Arbitrage», *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Brussel, Story, 1991, (773) 777; verder de slotrede van K. RIMANQUE, in ditzelfde nummer, m.b. nrs. 9 e.v.

zo langzamerhand in een maatschappelijk meer gelijke positie te brengen. Een formeel ongelijke behandeling wordt aldus gerechtvaardigd door de verwachte hogere graad van materiële gelijkheid.

Hoe paradoxaal het ook moge klinken, de interesse en betekenis van het juridisch gelijkheidsbeginsel is wellicht voor een groot deel te danken aan een streven naar materiële gelijkheid. Bepaalde, vroeger aanvaardbare criteria voor ongelijke behandeling (geslacht, ras, godsdienst, e.d.m.) zijn daardoor verdacht en zelfs verboden geworden, zelfs al mochten zij relevant zijn voor een legitiem nagestreefd doel¹³.

5. Gaat men niet zozeer uit van een analyse van de norm, maar veeleer van die van de rechtsverhoudingen, dan kan men ook het onderscheid onderkennen tussen enerzijds de *gelijke behandeling van meerdere personen*, meestal ondergeschikten of zwakkeren, door éénzelfde andere partij of instantie, meestal een bovengeschatte en meer bepaald de overheid, in de verhouding die zij tot elk van die personen heeft, en anderzijds de *onderlinge gelijkheid of gelijkwaardigheid van partijen* binnen éénzelfde rechtsverhouding, de gelijkheid die gebaseerd is op reciprociteit¹⁴. Het gemaakte onderscheid doet denken aan het welbekende onderscheid tussen de twee soorten rechtvaardigheid, de verdelende rechtvaardigheid en de ruilrechtvaardigheid. Bij analogie kan de eerst aangegeven vorm van gelijkheid (verticale gelijkheid), de verdelende gelijkheid genoemd worden, de tweede (horizontale gelijkheid) de ruilgelijkheid¹⁵. Dat deze analogie opduikt, hoeft ons niet te verbazen, nu heel onze westerse rechtsopvatting gegrond is op het gelijkheidspostulaat, d.i. de eis van gelijke behandeling van gelijke gevallen. De vraag naar de rechtvaardigheid is op de eerste plaats de vraag welke gevallen gelijk zijn en welke niet, en de verschillende criteria der rechtvaardigheid (m.b. verdelende en ruilrechtvaardigheid) duiken dan ook op als verschillende criteria van gelijkheid (verticale en horizontale gelijkheid), meer bepaald in de vraag welke ongelijkheden gerechtvaardigd zijn en welke niet.

Ook tussen deze beide vormen van gelijkheid kunnen conflicten ontstaan, daar het resultaat van een gelijke behandeling verschillend is naargelang de gelijkheid erin bestaat aan elkeen te geven in verhouding tot de prestatie die hij in ruil biedt, dan wel een ieder gelijk te behandelen *ongeacht* wat hij in ruil biedt. Dit conflict tussen beide vormen van gelijkheid rijst onder meer wanneer een criterium dat in de

optiek van de gelijke behandeling (non-discriminatie) als een verdacht of verboden criterium wordt beschouwd (geslacht, ras, godsdienst, e.d.m.) in een welbepaald soort rechtsverhouding min of meer samenvalt met een objectief verschil in tegenprestatie.

Zo komt de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in conflict met de ruilgelijkheid wanneer een verzekeraar vaststelt dat een welbepaald risico hoger ligt bij het ene dan bij het andere geslacht, en zijn premie wenst te differentiëren. In mindere mate komt het conflict evenwel telkens dan reeds naar boven, wanneer een herverdelingsmechanisme wordt uitgebouwd; de pensioensector vormt daarvan een duidelijk voorbeeld.

Men zou kunnen stellen dat het conflict tussen de twee hoofdvormen van de rechtvaardigheid traditioneel werd aangepakt door er onderscheiden domeinen aan toe te vertrouwen, die vorm kregen als publiekrecht en privaatrecht. De verplichting tot gelijke behandeling en het verbod van discriminatie werden ontwikkeld als grondbeginselen van het publiekrecht, als verplichting en taak van de overheid tegenover de burgers («gelijkheid voor de openbare dienst», benuttingsgelijkheid, e.d.m.). In privaatrechtelijke verhoudingen daarentegen werd de verwezenlijking van de gelijkheid van partijen gezocht in de ruilrechtvaardigheid (bv. de gelijkheid van contractspartijen of het contractueel evenwicht, de gelijkheid van naburige eigenaars opnieuw in de zin van een evenwicht, e.d.m.)¹⁶. Al geschiedde de uitwerking hiervan grotendeels eerst vanaf het einde van de achttiende eeuw, deze gedachte zelf is veel ouder, en we vinden ze in zekere vorm reeds bij Aristoteles¹⁷. De latere maatschappelijke ontwikkelingen, meer bepaald in de twintigste eeuw, werden in dit schema opgevangen door een verruiming van de overheidstussenkomst en van de instrumenten daarvoor. Ook vinden we zowel in het publiekrecht als in het privaatrecht een verschuiving van een meer formele gelijkheid in de richting van meer materiële gelijkheid: in het publiekrecht bv. door de uitbouw van de «sociale» rechtsstaat door de uitbouw van grootscheepse herverdelingsmechanismen, in het privaatrecht bv. door de materiële ongelijkheid van de zwakkere partij te compenseren met eenzijdig dwingend recht (bv. in het arbeidsrecht, huurrecht, enz...) ¹⁸ of door een «equality of bargaining power» uit te bouwen.

¹⁶ Vgl. W. VAN GERVEN, «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, (961), 971, waar hij stelt dat de basisbeginselen van het privaatrecht steunen op wederkerigheid.

¹⁷ In de *Ethica Nicomachea* V, 2, p. 1130.b.30 en 1131 a schreef Aristoteles dat van de bijzondere rechtvaardigheid één vorm bestaat in het verdelen van eerbewijzen of geld of andere dingen die onder de leden van de staatsgemeenschap te verdelen zijn, en een tweede vorm in het vereffenen van de zaken bij onderlinge uitwisselingen. De idee werd verder uitgewerkt door de scholastici en de school van het natuurrecht. Zie bv. bij H. DE GROOT, *Inleidinge in de Hollandse Rechtsgeleerdheid*, I, 1, 10 j° II, 1, 57, en vergelijkbaar *De jure belli ac pacis*, I, 1, § 3-4. De ruilrechtvaardigheid wordt daar uitgedrukt in subjectieve rechten s.s. («toebehoren»), meer bepaald zakelijke rechten («behering») en persoonlijke rechten («inschuld»), de verdelende rechtvaardigheid daarentegen in «bekwaamheden» («waardigheid», «qualitas moralis»).

¹⁸ Zie o.m. het preadvies van F. DE LY, *R.W.*, 1991-92, (1141), 1150.

¹³ Zo stelt D. VAN HEUVEN, *R.W.*, 1990-91, (585), 589, expliciet dat het criterium niet alléén objectief en relevant moet zijn, maar ook «wettig», waarbij als voorbeeld gegeven wordt dat een onderscheid naar «ras» onwettig is, ook als zou het aan de andere criteria beantwoorden. Zie verder de kritische beschouwing van K. RIMANQUE, nr. 18.

¹⁴ Zie voor de fundamentele anthropologische betekenis van de reciprociteit voor het recht K. RÖHL, «Über außerverträgliche Voraussetzungen des Vertrages», in *Recht und Gesellschaft, Festschrift für Helmut Schelsky*, 1978, 435 e.v. Die fundamentele betekenis kan verklaren waarom precies de reciprociteit uitdrukking geeft aan één vorm van rechtvaardigheid of gelijkheid waartegenover alle andere criteria in één enkele andere vorm van rechtvaardigheid c.q. gelijkheid kunnen worden ondergebracht.

¹⁵ Zie voor de laatste J. GORDLEY, «Equality in exchange», 69. *California Law Review*, 1981, 1587 e.v.

Maar het onderscheid tussen privaat- en publiekrecht hield stand.

De ontwikkeling van de bescherming van de mensenrechten heeft evenwel geleid tot een tendens om het publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel, dat van de verdelende rechtvaardigheid, door te trekken naar privaatrechtelijke verhoudingen. Mede daarom werden de subthema's van dit Congres zo gekozen dat daarin ook afgetast kon worden in hoe verre privaatrechtelijke verhoudingen zich lenen voor een «horizontale werking» van het beginsel van gelijke behandeling. Zo kunnen gelijke behandeling en discriminatie niet alleen onderzocht worden bij de behandeling van de burgers door de administratie, van de verdachten bij het uitstippelen van een vervolgingsbeleid door het openbaar ministerie of van de schuldigen bij de toemeting van de straf door de strafrechter¹⁹, maar ook bij de behandeling van de onderscheiden werknemers en/of sollicitanten door de werkgever, van de huurders en/of aspirant-huurders door de verhuurder, van de verzekeringnemers en/of -aanvragers door de verzekeraar, enz.

Dit aftasten van de mogelijkheden van het gelijkheidsbeginsel in de zin van gelijke behandeling mag ons evenwel de andere vorm van gelijkheid niet uit het oog doen verliezen: de zoektocht naar evenwichtige contractuele verhoudingen of nabuurschapsverhoudingen, de uitbouw van de «Waffengleichheit» van procespartijen²⁰, kortom de gelijkwaardigheid van partijen binnen een welbepaalde rechtsverhouding. Naar onze mening werkt het verhelderend deze beide conflicterende aspecten van het gelijkheidsbeginsel goed uit elkaar te houden.

6. De preadviseurs en respondenten kregen aldus de gelegenheid zich over de rol van het gelijkheidsbeginsel *de lege lata* zowel als *de lege ferenda* uit te spreken. De meesten hebben nauwgezet en met kennis van zaken geprobeerd om steeds verdergaande toepassingen van het gelijkheidsbeginsel, meer bepaald van de non-discriminatie, uit te werken. Eén preadviseur heeft het vrij radicaal gehad over de deugden van de ongelijkheid, de deugden van sommige vormen van «discriminatie» (met name i.v.m. de verhoudingen tussen leveranciers en afnemers). Hoe dan ook was de opdracht van het congres eveneens een opdracht tot bezinning over de *grenzen van het gelijkheidsbeginsel*.

Ten vervolge op de reeds eerder aangehaalde zinsnede verklaarde toenmalig eerste minister Martens bij de bespreking van het wetsontwerp op het arbitragehof in de Senaat:

«De Regering is zich ervan bewust dat dit risico's inhoudt. Het gelijkheidsbeginsel is immers in hoge mate een beginsel waarin het juridische en het politieke, de legaliteit en de opportuniteit, innig verstrengeld zijn. De wijsheid waarmee rechters in het verleden met dit gelijkheidsbeginsel zijn omgegaan, zowel de Europese rechters in het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, als de nationale rechters,

die immers nu reeds wetten en decreten toetsen aan het gelijkheidsbeginsel in minstens zeven internationale verdragen met rechtstreekse werking, moge het Arbitragehof tot inspiratiebron dienen.»

Over de wijsheid en voorzichtigheid van het Arbitragehof wordt in dit land niet geklaagd. Indien het gelijkheidsbeginsel in dit land gehypertrofieerd dreigt te raken, dan is het veeleer omdat het Arbitragehof geen volwaardig grondwettelijk Hof is en de grondwettigheidstoetsing dus door het enge kanaal van de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet moet worden gelooft²¹. Gebruiken onze juristen sindsdien niet hun wildste verbeelding om elke grief in termen van gelijkheid te verwoorden?

7. Een bezinning over het gelijkheidsbeginsel moet dan ook leiden tot een bezinning over onze eigen rol, over de rol van de jurist. Meer nog, zij noopt ons tot een bezinning over de rol van het recht zelf. Want is het gelijkheidsbeginsel bij nader toezien wel een beginsel waarin het juridische en het politieke, de legaliteit en de opportuniteit, innig verstrengeld zijn? Is er niet het gevaar dat het veeleer een instrument wordt van hypertrofie van het recht? Is het gelijkheidsbeginsel niet precies het zwaar geschat van de jurist, waarmee hij kan treffen op plaatsen waar hij anders niet bij kan? Via het gelijkheidsbeginsel toetst de Belgische rechter wetten aan de Grondwet, wat hij anders niet kan of niet meent te kunnen. Via het gelijkheidsbeginsel heeft de Amerikaanse federale rechter de vrijheid van de (deel)staten aan banden gelegd, waartegenover hij anders niet bevoegd was. Via het gelijkheidsbeginsel wordt de beleids marge, de opportuniteitsbeoordeling van de overheid beperkt. Via het gelijkheidsbeginsel wil men de contractsvrijheid van de burger, in de zin van vrijheid te contracteren met wie men wil en daarbij ook te discrimineren, beperken. En gaat het in de eerste twee voorbeelden alleen nog maar om een machtsverschuiving binnen het rechtssysteem (verschuiving van een zekere macht van het Parlement naar het Arbitragehof, van de deelstaten naar de federale rechter), dan gaat het in de laatste twee voorbeelden om *de expansie van het recht zelf* ten nadele van andere maatschappelijke waardensystemen.

8. Dit geldt heel in het bijzonder in het privaatrecht. Mogen wij U verwijzen naar de prachtige tekst waarin F.C. von Savigny het «wezen» van het privaatrecht aangaf als het afgrenzen van (rechts)vrije ruimten²²?

²¹ Een soortgelijk systeem ingesteld door de wet van 16 juni 1989 voor de schorsingsbevoegdheid van de Raad van State daarentegen, werd door de wet van 19 juli 1991 vervangen door een veralgemeende schorsingsbevoegdheid.

²² *System des heutigen römischen Rechts*, § 52: «Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen neben einander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, in ihre Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen, freyen Raum gewinnen. Die Regel, wodurch jene Gränze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht. Damit ist zugleich die Verwandtschaft und die Verschiedenheit zwischen Recht und Sittlichkeit gegeben. Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen innewohnenden, Kraft sichert.»

¹⁹ Zie voor deze beide aspecten het preadvies van C. VAN DEN WYNGAERT, «Het gelijkheidsbeginsel in het straf(proces)recht: de schone slaapster in het bos?», *R.W.*, 1991-92, (1181), 1187-1190.

²⁰ Zie bv. G. DEMEZ, «L'égalité dans le procès civil», in *L'égalité*, VIII, red. Ch. Perelman en L. Ingber, Brussel, Bruylant, 1982, 54 e.v., en voor het strafproces C. VAN DEN WYNGAERT, *R.W.*, 1991-92, (1181) 1186-1187.

Moeten wij ons niet hoeden voor een kolonisatie van alle rechtsvrije ruimten door het recht, voor een «Kolonisation der Lebenswelt» (J. Habermas) waardoor elke rechtsvrije ruimte verdwijnt²³, en daardoor ook elke ruimte waar plaats is voor andere waardensystemen dan het recht? Een rechtsvrije ruimte betekent echter noodzakelijk ook een ruimte die vrij is van het non-discriminatiebeginsel. Een horizontale doorwerking van de imperatief van gelijke behandeling kan leiden tot een juridisering van alle menselijke verhoudingen.

Zo bv. heeft de economie behoefte aan een overlaten van vele beslissingen aan de «markt», d.i. aan het scheppen van ruimte voor concurrentie en dus noodzakelijkerwijze ook voor ongelijke behandeling; eerst daardoor kan er omgekeerd precies «ruilgelijkheid» ontstaan²⁴. Maar niet alleen de produktie van welvaart heeft een vrije ruimte nodig waarbinnen zij zich kan ontplooiën. Ook het ethisch handelen heeft een dergelijke ruimte nodig en het recht dient de ethiek inderdaad niet door ethische imperatieven op te leggen, maar wel door ruimte te scheppen voor etisch handelen. En soortgelijke beschouwingen gelden wellicht ook andere menselijke waarden²⁵. Misschien zijn reeds te veel rechtsvrije ruimten gekoloniseerd door het recht, nu belangrijke bastions als het gezin²⁶, de school²⁷, de sportwereld²⁸, e.d.m. grotendeels zijn gevallen.

8. Wellicht past het dan ook te besluiten met een tentatieve driedeling van rechtsverhoudingen U ter overweging en discussie voor te stellen, een driedeling waarbinnen natuurlijk nog allerlei gradaties mogelijk zijn. Aan het ene uiterste van deze scala bevinden zich de meest verticale²⁹, publiekrechtelijke verhoudingen tussen overheid en burger, waarin het beginsel van de gelijke behandeling volledig dient te spelen (dusdanig dat de overheid daaraan ook niet mag ontsnappen door de privaatrechtelijke weg te bewandelen)³⁰. Aan het andere uiterste vinden we de zuiver privaatrechtelijke verhouding, waarin het evenwicht tussen partijen de voorrang dient te krijgen en de contractsvrijheid, indien welbegrepen, daarom nog een belangrijke rol speelt. Tussenin vinden we die privaatrechtelijke verhoudingen, waarin de ene partij zich tegenover de andere in een monopoliepositie of vergelijkbare machtspositie bevindt, en waarin precies wegens die feitelijke onderlinge ongelijkheid tussen partijen ook een marginale toetsing van de gelijke behandeling dient plaats te vinden³¹.

Herman COUSY

Gewoon hoogleraar K.U.Leuven
Congresvoorzitter

Matthias E. STORME

Hoofddocent K.U.Leuven
Congressecretaris

²³ Zie K. ENGISCH, «Der rechtsfreie Raum», 108. *Z.g.RWiss.*, 1952, 385 e.v.; M.L. STORME en M.E. STORME, *Algemene inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, achtste druk, 1990, 28.

²⁴ Dit probleem werd uitvoeriger besproken door R. VAN DEN BERGH in zijn preadvies «Ongelijkheid en 'discriminatie' in de verhouding tussen leveranciers en afnemers», *R.W.*, 1991-92, 1229. Reeds in de Inleiding, p. 1229, benadrukt deze dat «een voldoende graad van ongelijkheid immers een essentiële voorwaarde is voor het functioneren van de mededinging».

²⁵ Zo heeft «de vriendschap dus wel degelijk als principe de vrije uitverkiezing (...). De vriendschap bestendigt veeleer de vrije uitverkiezing als dusdanig» (L. VANDER KERKEN, *Menselijke liefde en vriendschap*, Antwerpen, de Nederlandsche boekhandel 1969/1981, 116). «De keuze van de mens tot vriend wordt door geen enkele reden opgelegd en valt buiten elke verplichting» (ibid., p. 118). Vriendschap kan wellicht maar bestaan indien ik iemand vrij mag uitverkiezen, indien ik niet verplicht ben om iedereen gelijk te behandelen. En omgekeerd is het eerst daardoor dat de meest gelijkwaardige relatie waartoe mensen in staat zijn mogelijk wordt, de vriendschap waarin de ander om zichzelf gelijk wordt gewaardeerd. Houdt vriendschap niet precies in dat men keuzes maakt die niet relevant of niet evenredig zijn? Is het niet daarom precies dat de uitoefening van het openbaar gezag gevrijwaard moet blijven van «vriendjespolitiek». Maar ook daarom moet de vriendschap, en met haar wellicht ook een hele reeks andere menselijke verhoudingen, gevrijwaard blijven van juridisering.

²⁶ Zie daarover R. DILLEMANS, «Het gezin op de grenzen van het recht», *T.P.R.*, 1985, 517 e.v.

²⁷ Zie daarover MARCEL STORME, *Rechtspraak in opspraak*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 69 e.v.; R.v.St., 13 mei 1980, nr. 20.324, Bracke, R.v.St., 8 juli 1982, nr. 22.446, Zoete, R.v.St., 16 oktober 1981, nr. 21.467, Franssens, en R.v.St., 24 juni 1986, nr. 26.712, De Cree.

²⁸ Zie P. LEMMENS, «Het beroep op de rechter in sportzaken» en andere bijdragen in A. De Becker (red.), *Sport en recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 85; en recentier nog C. COOMANS, «De voorzitter in kort geding: sportrechter bij uitstek?», *R.W.*, 1990-91, 1419 e.v.; H.C.F. SCHOORDIJK, «De normen van maatschappelijke betamelijkheid in sport en spel», *WPNR*, (1991), nr. 6022-6023.

²⁹ Dit betekent niet dat er ook in het publiekrecht geen tendens zou zijn of moeten zijn naar een zekere vorm van wederkerigheid. Zie daarvoor M. VAN DAMME, «Goede trouw van burger en bestuur», Preadvies XXXIVe Congres van de Vlaamse Juristenvereniging, *R.W.*, 1989-90, 1107 («naar een wederkerig bestuursrecht») en eerder reeds enigszins W. VAN GERVEN, «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, (961), 971-972.

³⁰ Zie over dit probleem W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 71 e.v.; D.A. LUBACH, *Beleidsvereenkomsten*, 1982, en het rechtsvergelijkend preadvies van D.A. LUBACH en J.H. VAN ERP voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, *Misbruik van privaatrecht door de overheid*, Deventer, Kluwer, 1989.

³¹ Zie opnieuw W. VAN GERVEN, «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 961 e.v. en eerder reeds «Variaties op het thema misbruik», *R.W.*, 1979-80, 2467, en op dit Congres, H. LAGA, «Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en effectenrecht», *R.W.*, 1991-92, (1161), 1170. Behalve de daar gegeven voorbeelden kan men in het bijzonder denken aan de situatie van bepaalde particuliere ondernemingen die diensten aanbieden welke voor de burger bijna het karakter hebben van een openbare dienst, zoals sommige financiële diensten of verzekeringsdiensten.

DE PARADOXALE WERKING VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

Slotrapport door prof. Karel RIMANQUE (U.I.A. en K.U. Leuven)

XXXVe Rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging te Leuven op 9 mei 1992

1. Aan deze feestrede ligt een stelling ten grondslag, die geformuleerd als een stelling bij een doctoraatsproefschrift als volgt luidt. Het gelijkheidsbeginsel kan ongelijkheid in feite toedekken door gelijkheid in rechte te handhaven; het legitimeert evenzeer ongelijkheid in rechte, waar ongelijkheid in feite als vooroordeel leeft; het bewerkstelligt ook bevrijding uit achterstelling. De klassieke proeven waaraan een juridische regeling in naam van het gelijkheidsbeginsel wordt onderworpen, verhullen die tegengestelde doelstellingen. Zij zijn bovendien zo buigzaam bij de toepassing dat noch de door rechter gekozen rechtsoplossing, noch de tegengestelde rechtsoplossing in vele gevallen een onredelijk oordeel tot gevolg hebben.

2. Op 21 december 1830 wordt door het Nationaal Congres, zonder één interruptie de zin «De Belgen zijn gelijk voor de wet» in de Grondwet opgenomen. De bespreking had uitsluitend betrekking op de vragen of en volgens welke modaliteiten vreemdelingen benoembaar zouden zijn in de burgerlijke en militaire bedieningen, en of de afschaffing van het onderscheid van standen in dit artikel zou worden opgenomen. De beraadslaging hieromtrent verliep in de grootste verwarring, herhaaldelijk onderbroken door gelach, tumult, een verwarde stemming over een amendement, onenigheid over de interpretatie van een naamstemming, een beroep op het reglement en verwijten aan de voorzitter. De strekking was duidelijk: een ruime meerderheid wenste het debat snel te beëindigen¹.

Zo kwam een van de belangrijkste sleutelbepalingen in onze Grondwet tot stand. Ze werd aangenomen door een Nationaal Congres, verkozen door ca. 30.000 van de ca. 46.000 stemgerechtigde burgers, ruim minder dan één procent van de bevolking. Het is genoegzaam bekend dat m.b.t. het kiesrecht voor de wetgevende kamers verschillen in vermogen en ontwikkeling slechts door de grondwetsherziening van 1920 ongedaan zijn gemaakt, terwijl de overgrote meerderheid van de vrouwen tot 1948 op dit kiesrecht heeft moeten wachten. Ondanks artikel 6 organiseerde de Grondwet zelf ongelijke behandeling t.a.v. een fundamenteel politiek recht, terwijl door het Burgerlijk Wetboek een privaats vermogensrecht werd gehandhaafd dat in rechte voor een ieder gelijk was en noch de ongebreidelde vermogensaanwas van de enen, noch de toenemende verpaupering van de anderen verhinderde.

3. Alle grote commentatoren² van de Grondwet in de 19e

eeuw aanvaardden deze paradox met een gerust gemoed, daar de Grondwet slechts de gelijkheid voor de wet introduceert. Dit beginsel sluit noch ongelijke behandeling uit door het recht, noch gelijke behandeling die maatschappelijke ongelijkheid ondersteunt³.

Deze gedachtenwereld wordt in 1871 door de pas benoemde procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, Ch. Faider, juridisch en politiek gelegitimeerd in zijn eerste openingsrede⁴: de ene, zekere, *reële* gelijkheid is die van het graf, waarin allen, groten en kleinen, eenvoudigen en voor-aanstaanden vroeg of laat belanden. Na deze opmonterende inleiding ontwikkelt hij de stelling dat een egalitaire samenleving wordt bedreigd door geweld en achteruitgang, terwijl een juist begrepen gelijkheid in rechte die het maatschappelijk onderscheid tussen mensen gedooft, de vrijheid dient en de welvaart verhoogt.

Ch. Faider wijst er anderdeels ook op dat de wetgever en de regering niet onverschillig zijn gebleven voor de roep om algemene lotsverbetering van de bevolking, en hij wijst op enkele markante verwezenlijkingen. Door de uitgifte van kleine coupures bij leningen door de overheid wordt de toegang tot het opbouwen van een roerend vermogen vergemakkelijkt. De gelijkheid voor «le luxe de la Nation» werd gerealiseerd: de parken, de openbare monumenten en musea zijn voor allen gelijk toegankelijk. Een ieder kan deelnemen aan de openbare plechtigheden en de vaderlandslievende herdenkingen. Deze voor allen beschikbare «heerlijkheden» worden overigens hoofdzakelijk bekostigd met de belastinggelden die de vermogende klasse moet opbrengen, aldus de procureur-generaal.

In die openingsrede vindt men overigens geen aanzet hoe deze gelijkheid voor de wet juridisch kan worden geoperationaliseerd. De rechtsregel verbindt een ieder die er rechten of verplichtingen aan ontleent op gelijke wijze. Verder reikende vragen worden niet gesteld.

tionnel de la Belgique, III, Luik en Parijs, 1911, nrs. 48 e.v.; THONISSEN, J.J., *La Constitution belge annotée*, Brussel, 1879, 3e uitg.

³ F. DE LY wijst in zijn referaat «Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht», *R.W.*, 1991-92, 1141-1160, nrs. 25 e.v., op het feit dat pas in de 20e eeuw de gedachte ruimer ingang vindt om middels van het gemene recht afwijkende wetgeving, dus door de creatie van ongelijkheid in rechte, bescherming te bieden aan zwak gedachte groepen t.a.v. sommige overeenkomsten. R. KRUIJTHOF («Leven en dood van het contract», *R.W.*, 1985-86, 2741 en 2747) heeft er echter ook terecht op gewezen dat objectieve beschermingsbehoefte in de regel slechts samen met politieke macht de voorwaarden schept voor de introductie van deze wetgeving.

⁴ FAIDER, Ch., «L'égalité devant la loi», *Pas.*, 1871, I, II-XX.

¹ HUYTENS, E., *Discussions du Congrès national de Belgique*, I, Brussel, 1844-1845, dl. I, 565 e.v.

² GIRON, A., *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, III, Brussel, 1895-1896, tw. «Egalité»: ORBAN, O., *Le droit constitu-*

4. Maar ook die stelling is niet absoluut, zoals blijkt uit het Marie Popelin-arrest van het Hof van Cassatie⁵. De afwezigheid van een uitdrukkelijk onderscheid in de rechtsregel is op zich geen waarborg voor gelijke behandeling. De als «natuurlijk» gearticuleerde traditie kan een handje helpen om vrouwen uit te sluiten van een geslachtsneutraal geformuleerd recht. Op dezelfde wijze werd de afwezigheid van uitdrukkelijke taalregeling «vertaald» in de voor een ieder gelijke vrijheid de Franse taal te gebruiken in zijn betrekkingen met de overheid.

Deze interpretatietraditie heeft nog lang nagewerkt. In 1935 betogen G. Dor en Ad. Braas in *Les Nouvelles*⁶ over de toegang van vrouwen tot sommige ambten dat er drie mogelijkheden zijn: vrouwen worden door een uitdrukkelijke regel uitgesloten (bv. de toenmalige regeling voor de erfopvolging van art. 60 Gw.) of door een uitdrukkelijke regel tot een ambt of beroep toegelaten. De derde mogelijkheid is de boeiendste: de regeling sluit vrouwen niet uitdrukkelijk uit, noch verleent ze hun uitdrukkelijk de toegang. In dat geval is de traditie op het ogenblik dat de geslachtsneutrale norm werd geformuleerd, beslissend.

5. Dit alles lijkt nu voltooid verleden tijd. Doch het afgesloten zijn van dit tijdperk is zeer relatief. De cruciale vraag naar de betekenis van het gelijkheidsbeginsel en van zijn spiegelbeeld, het discriminatieverbod⁷, is niet definitief beantwoord. Ook vandaag wordt dit in internationale verdragen⁸ en in de Grondwet bij herhaling geformuleerde beginsel aangegrepen om zeer uiteenlopende maatschappelijke ontwikkelingen juridisch te onderbouwen en te ondersteunen.

Gelijkheid in rechte als juridisch imperatief wordt nog steeds aangewend om aan de traditie ontleende ongelijke

behandelingen te handhaven⁹. Anderzijds bestendigt dit beginsel ongelijkheden in feite, waar gelijkheid in rechte bestaat¹⁰. Ten slotte kan middels dit beginsel bevrijding uit achterstelling in rechte of in feite worden bewerkstelligd¹¹. Deze contradictorische finaliteiten van het gelijkheidsbeginsel kunnen worden verwezenlijkt middels de aanwending van dezelfde criteria die vaste iken zijn geworden waaraan regelingen of toepassingen ervan op hun conformiteit met het gelijkheidsbeginsel worden getoetst. Dit is mogelijk omdat de iken die worden aangewend in de praktijk zo flexibel blijken te zijn, dat tegenstrijdigheden in de maatschappelijke verwezenlijkingen van dit beginsel niet worden voorkomen. De omstandigheid dat steeds opnieuw van dezelfde omschrijving van dit beginsel wordt uitgegaan, draagt in niet geringe mate bij tot de verhulling van de achterliggende tendensen. De virtuele emancipatorische betekenis van het gelijkheidsbeginsel kan worden geneutraliseerd door de negatie van het bestaan van enig probleem van gelijkheid, wanneer gelijke regelingen voor een ieder maatschappelijk zeer uiteenlopende werking vertonen t.a.v. onderscheiden maatschappelijke groepen, terwijl de erkenning van ongelijkheden in rechte niet noodzakelijk leidt tot hun afwijzing, wat zowel meer gelijkmakende effecten kan hebben, als bevestiging van bestaande maatschappelijke ongelijkheden.

De afbakening van de respectieve taken van regelgever en rechter staan niet prioritaair in dit betoog¹², doch uit deze hoofdzakelijk op rechtspraak gebaseerde analyse zal blijken hoe ruim de bevoegdheid is van een hoogste rechtscollege, dat *erga omnes* uitspraak doet over rechtsregels¹³ of n.a.v. de uitspraak over één geval de regelgever tot structurele ingrepen in de rechtsorde noopt¹⁴.

⁵ Cass., 11 november 1889, *Pas.*, 1890, I, 10, met concl. advocaat-generaal BOSCH.

⁶ DOR, G. en BRAAS, Ad., *La Constitution*, in *Les Nouvelles, Lois politiques et administratives*, II, nr. 85.

⁷ Volgens L.P. SUETENS («Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 97 e.v., 101) is in de rechtspraak van het Arbitragehof een verschuiving aan de gang van art. 6 Gw. (het gelijkheidsbeginsel) naar art. 6bis Gw. (het discriminatieverbod). Zie ook VAN DEN WYNGAERT, C., «Het gelijkheidsbeginsel in het straf(proces)recht: de schone slaapster in het bos?» (*R.W.*, 1991-92, 1181-1193), die het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod ziet als tweelingen (dus niet identisch), doch deze begrippen wel als synoniemen aanvaardt. Over deze kwestie zie ook BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, 1976, 37 e.v.

⁸ Zie o.m. art. 14 E.V.R.M.; art. 2, § 2 I.V.E.S.C.R.; art. 2, § 1, en art. 26 I.V.B.P.R. Zie ook de bijzondere verdragen, o.m. Verdrag betreffende de politieke rechten van de vrouw (20 december 1952); Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (21 december 1965); Verdrag betreffende discriminatie in beroep en beroepsuitoefening (IAO nr. 111, 25 juni 1958); Verdrag betreffende de gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde (IAO, nr. 100, 29 juni 1951); Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van de vrouwen (18 december 1979). Zie over het discriminatieverbod in het Europees Gemeenschapsrecht o.m. LE-NAERTS, K., «Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees Gemeenschapsrecht», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 47-84.

⁹ J. VAN LANGENDONCK wijst in zijn referaat «Gelijke behandeling in de sociale zekerheid», *R.W.*, 1991-92, 1211-1222, indringend op het feit dat traditionele onderscheidingen die dikwijls hun maatschappelijke relevantie hebben verloren, een taai leven leiden in het sociale-zekerheidsrecht.

¹⁰ A. HEYVAERT wijst in zijn referaat «Het gelijkheidsbeginsel in het Belgisch internationaal huwelijks-, echtscheidings- en afstammingsrecht», *R.W.*, 1991-92, 1194-1202, op de soms merkwaardige en levensvreemde gevolgen van de gelijke toepassing van verwijzingsregels in het echtscheidingsrecht.

¹¹ De langzame ontvoogding van de vrouw uit een juridisch en maatschappelijk inferieure positie is het voor de hand liggende voorbeeld. Ook kan gewezen worden op de ontvoogding van minder- en meerderjarige kinderen uit de haast onbegrensde en langdurige juridische macht van de vader.

¹² Ik verwijs met de hoogste waardering naar het laatste betoog van R. Kruithof, «Naar een 'Gouvernement des juges' in het Belgisch verbintenissenrecht», in *Hulde aan Prof. dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 27-79.

¹³ In België is deze bevoegdheid verdeeld tussen het Arbitragehof en de Raad van State. Doch wanneer het Arbitragehof voor de eerste maal uitspraak doet over een prejudiciële vraag, verwacht het wel dat deze uitspraak door allen wordt nagekomen: zie arrest nr. 18/91 van 4 juli 1991, *B.S.*, 22 augustus 1991, 18144, en de noot van K. RIMANQUE, *Tijdschrift voor Notarissen*, 1991, 481.

¹⁴ Dit blijkt zeer duidelijk de ambitie te zijn van het E.H.R.M. Zie zijn arrest van 29 november 1991 in de zaak Vermeire, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 214-C. Zie ook *Tijdschrift voor Notarissen*, 1991, 494, met de noot van K. RIMANQUE.

6. Naast de referaten voor dit XXXVe Rechtscongres georganiseerd door de Vlaamse Juristenvereniging¹⁵, kon ik bij de voorbereiding van deze feestrede putten uit de overvloedige literatuur over het onderwerp die de jongste decennia is gepubliceerd. Ik vermeld in het bijzonder de vele diepgaande studies die tot stand kwamen in het raam van de werkzaamheden van het Centrum voor Wijsbegeerte van het recht van de U.L.B.¹⁶, de verslagen van het colloquium gehouden te Leuven op 5 oktober 1990¹⁷ en andere studies¹⁸.

7. Op dit ogenblik hanteren alle hoogste Belgische rechtscolleges na vele jaren van langzaam tanende terughoudendheid¹⁹ en verdeeldheid²⁰ de maatstaven van het E.H.R.M. bij de beoordeling van regelingen op hun verzoenbaarheid met het gelijkheidsbeginsel. Het Arbitragehof heeft resoluut deze optie gekozen zodra dit Hof de bevoegdheid kreeg wet en decreet aan de grondwettelijke gelijkberechtigingsbepalingen te toetsen²¹. Dit is een gelukkige ontwikkeling. Uit het betoog moge blijken dat de mate van houvast die deze maatstaven bieden op zich reeds gering genoeg is, om niet verder te worden gecompliceerd door onenigheid tussen de hoogste rechtscolleges omtrent de uitgangspunten.

In het taalregelingsarrest van 23 juli 1968²² stelt het E.H.R.M. voorop dat niet elke ongelijke behandeling door het recht als een ontoelaatbare discriminatie moet worden veroordeeld; ongelijke behandelingen kunnen een heelmiddel zijn om maatschappelijke ongelijkheid te compenseren. De kunst bestaat erin te bepalen waar de grens ligt tussen rechtmatige ongelijkheid en onrechtmatige discriminatie, wanneer men te maken heeft met vergelijkbare situaties, verhoudingen of objecten.

Ik citeer: «De gelijkheid van behandeling wordt pas geschonden als er voor het gemaakte onderscheid geen objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke rechtvaardiging moet beoordeeld worden in verband met het doel en de gevolgen van de betreffende maatregel, en rekening houdend 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.»

Met deze omschrijving is meteen bevestigd dat niet elk onderscheid in rechte onrechtmatig is en als discriminatie moet worden aangemerkt. Discriminatie kan er net in bestaan feitelijk ongelijke situaties op een gelijke manier te behandelen. Het Arbitragehof heeft hiervan een voorbeeld gegeven in zijn arrest m.b.t. de scholen in opbouw. Door het leerlingenaantal van het vorige schooljaar als referentie te nemen voor de subsidiëring wordt de nieuw opgerichte klas uit de subsidiëring geweerd. Voor scholen in opbouw mag uit naam van de gelijke behandeling niet dezelfde regel worden gehanteerd als voor reeds volledige scholen²³.

Anderdeels betekent deze invulling van de gelijkheidsregel geenszins een algemeen verbod van zgn. positieve discriminatie. Aan groepen in de samenleving die een deficiëerbare achterstand vertonen t.a.v. hun deelname aan welvaart, ontwikkeling of welzijn kan een voorkeursbehandeling worden verleend die deze feitelijke achterstelling versneld ongedaan kan maken. Het Europees Hof wijst daar ook uitdrukkelijk op in zijn arrest van 23 juli 1968. Zo genoten de in hun Vlaamse omgeving slecht geïntegreerde Franstalige jongens en meisjes van de faciliteitengemeenten naast het voorrecht van onderwijs in hun moedertaal ook – en zeer vroeg – een intensief programma Nederlands om hen in staat te stellen hun natuurlijke achterstand in te lopen. Doch zo hebben acht van de vijftien rechters het niet begrepen.

De marginale meerderheid in het Hof was van oordeel dat de ongelijkheid m.b.t. de toegang tot de Franstalige scholen in de faciliteitengemeenten rond Brussel strijdig was met het verbod van discriminatie inzake het recht op onderwijs; zeven rechters waren het met deze beoordeling niet eens. Geen van deze laatsten betwistte nochtans de principiële uitgangspunten van het Hof.

De benamingen waaronder deze uitgangspunten bekend staan verschillen, ook in de referaten voor dit rechtscongres. Ijking van het taalgebruik kan nuttig bijdragen tot het vermijden van begripsverwarring, tenzij een verschillend begrippenkader ook effectief zou beantwoorden aan andere denkinhouden.

8. Het gelijkheidsprobleem rijst niet, wanneer personen, situaties, gedragingen, verhoudingen of objecten onvoldoende vergelijkbaar worden geacht. Identiteit wordt uiteraard niet vereist – dit is een logische en ontologische onmogelijkheid²⁴ –, doch wel een voldoende mate van analogie.

De bevestiging of ontkenning van een voldoende analogie is een delicate bewering, lastiger dan het onderkennen van een relevante markt bij het voeren van een concurrentiebeleid. Vanuit welk oogpunt zal de werkelijkheid worden bekeken om vast te stellen dat er een voldoende en juridische relevante analogie aanwezig is, opdat de gelijkheidsregel van toepassing zal zijn? Kan het recht zelf, meer in het bijzonder een lange juridische traditie, de maatstaf zijn of moet de actuele werkelijkheid of de ontwikkelingen in de waardeoordelen omtrent die werkelijkheid uitsluitel verschaffen?

¹⁵ Gepubliceerd in het *R.W.*, 1991-92, 1137-1239.

¹⁶ De hele reeks omvat tot op heden negen delen, alle uitgegeven door E. Bruylant te Brussel met als gemeenschappelijke titel *L'Égalité*. Ik vermeld in het bijzonder de bijdragen van M. VANQUICKENBORNE, H. BUCH en Ch. PERELMAN in deel I; die van H. BEGUELIN, P. MERTENS en E. GRIFFIN-COLLART in deel IV; die van Ch. PERELMAN, F. RIGAUX en J. LADD in deel V.

¹⁷ Met referaten van M. BOSSUYT, K. LENAERTS, P. MARTENS, M. MELCHIOR, J.-M. PIRET en L.P. SUETENS, syntheses van A. ALEN en P. LEMMENS en een slotrede van W. MARTENS: *Gelijkheid en non-discriminatie*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 218 pp.

¹⁸ BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, 1976, 262 pp.; DE WILDE, P., «De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof», *R.W.*, 1990-91, 481-491; VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, p. 162-204.

¹⁹ Zie PIRET, J.-M., «Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de cassation», in *Gelijkheid en non-discriminatie, o.c.*, 119-133.

²⁰ Cf. infra.

²¹ Arbitragehof, 13 juli 1989, nr. 21/89, *B.S.*, 21 juli 1989.

²² E.H.R.M., 23 juli 1968, *R.W.*, 1968-69, 3-82.

²³ Arbitragehof, 2 april 1992, nr. 28/92, *B.S.*

²⁴ VAN QUICKENBORNE, M., «La structure de la notion d'égalité en droit», in *L'Égalité*, I, o.c., 176 e.v.

Hoe zal worden beslist, wanneer eertijds duidelijke breuklijnen vervagen tot glijdende niet onderbroken schalen?

Is een arbeider niet vergelijkbaar geworden met een bediende wanneer beiden een elektronisch toetsenbord gebruiken bij hun arbeid, de eerste om een gerobotiseerde produktieketen op gang te houden, de tweede om boekhoudkundige gegevens aan te vullen in een bestand? Is de situatie van de zelfstandige arbeider die steeds in onderaanneming werkt voor hetzelfde bedrijf, niet vergelijkbaar met de arbeider in loondienst, wanneer wordt vastgesteld dat het statuut van de eerste wordt ingegeven door het niet lovenswaardig motief de werkgeversbijdrage in de sociale zekerheid te ontwijken?

9. Het E.H.R.M. heeft de vraag naar de aanvaardbaarheid van een ongelijke behandeling meermaals vermeden door analogie te ontkennen tussen de voor vergelijking aangeboden situaties. M.b.t. de handhaving van de discipline in de krijgsmachten is er geen analogie tussen burgers en dienstplichtige militairen²⁵. Informatief seksueel onderricht is niet vergelijkbaar met levensbeschouwelijk onderricht²⁶. Het rode boekje voor scholieren is wegens de specifieke doelgroep bij de verspreiding niet te vergelijken met het aanbod van pornografie²⁷. M.b.t. de vrije meningssituatie over zaken *sub judice* staan parlement en pers evenmin in een vergelijkbare positie²⁸. De taak van de niet vergoede *pro-deo*-advocaat is onvoldoende analoog met die van de steeds gehonoreerde tolk of expert²⁹. Nationalisatie van ondernemingen vertoont onvoldoende vergelijkbaarheid met ont-eigening van onroerend goed³⁰. In Ierland wonende Ieren kunnen niet vergeleken worden met in het buitenland gevestigde Ieren m.b.t. de echtscheidingsmogelijkheid³¹. Britse kranten zijn niet te vergelijken met in Groot-Brittannië te koop aangeboden vreemde kranten: de inhoud van deze laatste valt niet onder de Britse jurisdictie³².

Het gevolg van de vaak summier gemotiveerde afwijzing van een voldoende mate van analogie is dat het overbodig wordt te onderzoeken of de ongelijke behandeling wel rechtmatig is, aangezien bij afwezigheid van vergelijkbaarheid het gelijkheidsprobleem niet rijst. De lastige vragen omtrent de verantwoordening en de ernst van de ongelijkheid worden vermeden.

10. Het Arbitragehof heeft reeds in verschillende arresten beslist dat de analogie onvoldoende was om verder op de zaak in te gaan. Weddenschappen op paardenwedrennen zijn niet voldoende vergelijkbaar met automatische kansspe-

len, omdat deze laatste gemakkelijker toegankelijk zijn en de verleiding groter³³. Het probleem van de varkensmest is veel intenser dan dat van de rundermest, o.m. door de grote concentratie van dieren in een varkensfokkerij³⁴.

In het arrest nr. 39/91 van 19 december 1991 (*B.S.*, 24 januari 1992) weigert het Arbitragehof de ongelijke juridische bescherming van het leven van geboren en levende personen enerzijds en van ongeborenen anderzijds te onderzoeken, omdat noch art. 6, noch art. 6*bis* Gw. een verplichting tot gelijke bescherming zouden inhouden, ook niet in combinatie met het recht op wettelijke bescherming van het leven van een ieder (art. 2 E.V.R.M.). Op deze wijze wordt de vraag ontweken naar het recht op niet-discriminerende behandeling van pasgeborenen en levensvatbare kinderen in de moederschoot en naar de rechtmatigheid van het onderscheid dat de abortuswetgeving handhaaft tot net voor de geboorte afhankelijk van de diagnose van een uiterst zware kwaal die als ongeneeslijk wordt erkend, of op grond van een ernstig gevaar voor de gezondheid van de moeder.

Beslist betwistbaar is ook het objectieve verschil dat het Arbitragehof heeft aanvaard tussen de internaten van het gemeenschapsonderwijs en de vrije internaten, andere dan die welke kinderen van ouders zonder vaste verblijfplaats opnemen³⁵. Dat het gemeenschapsonderwijs moet zorgen voor diensten die het vrij onderwijs eventueel kan ontlopen, is een objectief verschil eigen aan de onderscheiden inrichtende machten. Maar is dat verschil zo groot dat de vergaande gevolgen van de ongelijke behandeling voor de ouders die de voorkeur geven aan een vrij internaat, het Arbitragehof de vragen naar de wettige verantwoording en de evenredigheid kon doen ontlopen? Deze kritiek gaat uit van een andersluidende inschatting van de situaties. Het Arbitragehof bekijkt het probleem in de eerste plaats vanuit het oogpunt van de inrichtende machten. Het probleem wordt echter helemaal anders, wanneer het oogpunt wordt gekozen van de ouders die vaak door omstandigheden worden gedwongen hun kinderen aan een internaat toe te vertrouwen.

De conclusie ligt voor de hand. De rechter die over die analogie oordeelt, maakt een keuze, die in vele gevallen noch logisch, noch ontologisch dwingend is. Deze keuze is doorgaans redelijk te verantwoorden, maar daarom niet perse overtuigend of de enig aanvaardbare keuze.

11. Wanneer uitdrukkelijk of impliciet de voldoende analogie wordt aangenomen, dan wordt men toegelaten tot de volgende proef: is het onderscheid wettig verantwoord? Streeft het een voor een democratische rechtsstaat rechtmatig oogmerk na?

Allereerst rijst de vraag of dit oogmerk kan worden achterhaald. Vonnissen en arresten moeten worden gemotiveerd (art. 97 Gw.). Dat is een onlosmakelijk met de opdracht recht te spreken verbonden vereiste³⁶. Krachtens de recente wet van 29 juli 1991 moeten ook de individuele rechtshandelingen van de administratieve overheden wor-

²⁵ E.H.R.M., 8 juni 1976, Engel e.a., *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 22.

²⁶ E.H.R.M., 7 december 1976, Kjeldsen, Madsen en Pedersen, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 23.

²⁷ E.H.R.M., 7 december 1976, Handyside, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 24.

²⁸ E.H.R.M., 26 april 1979, Sunday Times, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 30.

²⁹ E.H.R.M., 23 november 1983, Van der Mussele, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 70.

³⁰ E.H.R.M., 8 juli 1986, Lithgow e.a., *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 102.

³¹ E.H.R.M., 18 december 1986, Johnston e.a., *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 122.

³² E.H.R.M., 26 november 1991 (2 arresten), Observer en Guardian; Sunday Times nr. 2, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nrs. 216 en 217.

³³ Arbitragehof, 7 maart 1991, nr. 3/91 en 23 april 1992, nr. 31/92.

³⁴ Arbitragehof, 14 november 1991, nr. 33/91, *B.S.*, 4 december 1991.

³⁵ Arbitragehof, 2 april 1992, nr. 26/92.

³⁶ Cass., 9 oktober 1959, *Arr.Verbr.*, 1960, 115, met conclusie van HAYOIT DE TERMICOURT.

den gemotiveerd³⁷. Geen grondwettelijke regel legt echter die verplichting op voor wetten, decreten, besluiten en verordeningen met algemene strekking.

De parlementaire voorbereiding van wetten en decreten kan aanwijzingen geven m.b.t. de oogmerken van de initiatiefnemer. Zekerheid daaromtrent heeft men niet. Wanneer een wetsontwerp de uitvoering betreft van een moeizaam tot stand gekomen politiek akkoord, wordt het vaak gemotiveerd door het bestaan van het akkoord³⁸. Afgewezen amendementen worden in de regel wel zorgvuldig verantwoord. Oogmerken kunnen worden geveinsd³⁹. Een regeling kan ingegeven zijn door tegenstrijdige oogmerken⁴⁰. Na verloop van tijd kunnen identiek gebleven regelingen om uiteenlopende redenen in stand worden gehouden; de oogmerken kunnen evolueren⁴¹.

Van verordeningen die de uitdrukking zijn van de autonomie van een gedecentraliseerd bestuur, zoals gemeentelijke belastingverordeningen kunnen de oogmerken niet steeds worden achterhaald⁴². Een K.B. genomen ter uitvoering van een wet kan een onderscheid in het leven roepen, dat op zich geen steun vindt in de oogmerken van de wet. De aard van het gemaakte onderscheid kan natuurlijk een sterk vermoeden wettigen omtrent de oogmerken van de regelgever. Zeker is dit niet. Kunnen de met goedkeuring van de betrokken overheid aan het Hof te Straatsburg, aan het Arbitragehof of de Raad van State overgelegde conclusies over die oogmerken beschouwd worden als de werkelijke verantwoording van een regeling die uit een ver verleden stamt of het werk was van een anders georiënteerde meerderheid?

12. In de veronderstelling dat de verantwoording voor een onderscheid met redelijke waarschijnlijkheid wordt achterhaald, dan volgt de proef van de wettigheid ervan, haar rechtmatigheid in een democratische samenleving.

Het positieve recht zelf biedt slechts weinig aanknopingspunten. Een ervan is art. 18 E.V.R.M.: de beperkingen welke, volgens dit verdrag, op bovengenoemde rechten en vrij-

heden zijn toegestaan, mogen slechts worden toegepast met het doel waarvoor daartoe de bevoegdheid is gegeven. Deze bepaling verbiedt ook deze vorm van afwending van bevoegdheid, wanneer enig onderscheid wordt gemaakt inzake de beperking aan deze grondrechten (art. 14 E.V.R.M.). Het E.E.G.-Verdrag bevat ook dergelijke aanknopingspunten in art. 56 t.a.v. de vrije vestiging van personen en het vrij verkeer van diensten.

In het nationale recht zijn dergelijke «gepositieerde» doelstellingen schaars. Het Arbitragehof heeft erop gewezen dat de bevoegdheidsverdelende begrippen in de bijzondere wet van 8 augustus 1980-88⁴³ niet geïnterpreteerd mogen worden als doelstellingen, maar moeten worden gezien als aangelegenheden⁴⁴. Wetten die bijzondere machten toekennen aan de Koning, bevatten in de regel wel en limitatief de oogmerken die de Koning bij de uitvoering van die wetten mag nastreven. Onderscheidingen die niet passen binnen deze doelstellingen zijn onwettig⁴⁵.

In zijn rapport wijst J. Van Langendonck erop hoe vaag en onduidelijk de algemene doelstellingen van ons sociale zekerheidsrecht werden geformuleerd, zelfs in de wet inzake algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers van 29 juni 1981⁴⁶.

13. Wanneer een onderscheid niet zijn verantwoording vindt in een door een hoger gerangschikte rechtsregel geformuleerde doelstelling, valt de rechter terug op wat verzoenbaar is met de beginselen van de democratische rechtsstaat. Over hoe deze samenleving kan worden gekenmerkt, daarvan heeft het E.H.R.M. enkele aanwijzingen gegeven in zijn rechtspraak⁴⁷. Tot de wezenskenmerken van een democratische samenleving behoort het handhaven van een klimaat van pluralisme, verdraagzaamheid en ruimdenkendheid. Hoewel individuele belangen soms moeten wijken voor het groepsbelang, betekent de democratie niet dat de opvattingen van de meerderheid altijd de overhand moeten halen. Men dient een evenwicht te vinden, waardoor een eerlijke en aangepaste behandeling van minderheden mogelijk blijft en elk misbruik van een dominante positie wordt vermeden. Democratie betekent ook de vrijheid van de openbare discussie van aangelegenheden die de belangen van de gemeenschap raken.

Deze algemene aanwijzingen doen echter geen afbreuk aan de zeer ruime tegenstellingen die kunnen bestaan tussen geoorloofde doelstellingen. De beleidsvrijheid van de regel-

³⁷ B.S., 12 september 1991.

³⁸ Als duidelijk voorbeeld kan de parlementaire voorbereiding worden vermeld van de institutionele wetgeving ter uitvoering van het regeerakkoord van 1988.

³⁹ Men raadplege bv. de parlementaire voorbereiding van de wet van 19 maart 1968, die het geschil heeft uitgelokt dat de aanleiding is geworden van het Franco-Suisse Le Ski-arrest (Cass., 27 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 959). De poging de terugbetaling te vermijden van de in strijd met art. 12 E.E.G.-Verdrag geïnde rechten wordt verzwegen.

⁴⁰ De beperkte ongelijke behandeling van decreet en ordonnantie is slechts te verklaren als een compromis tussen de stelling van de Franstaligen, die Brussel wilden uitbouwen tot een volwaardig Gewest, en de stelling van de Vlamingen die de gelijke behandeling van Brussel met Vlaanderen en Wallonië niet wensten.

⁴¹ Zie bv. de invoering van de snelheidsbeperkingen na de oliecrisis van 1973; aanvankelijk bedoeld om de bevoorrading van het land te verzekeren, werden zij als economische reglementering in stand gehouden in het belang van de verkeersveiligheid, in afwachting van de wijziging van de wet op de politie van het wegverkeer; Cass., 12 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 175, en 18 januari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 554.

⁴² Voorbeelden vindt men terug in het referaat van S. VAN CROMBRUGGE, «De gelijkheid in het fiscaal recht», *R.W.*, 1991-92, 1203-1210.

⁴³ Sommige van die begrippen houden nochtans, in hun normale betekenis geïnterpreteerd, onmiskenbaar een finaliteit in zich: bv. de *aanmoediging* van de vorming van onderzoekers; de *hulp* aan de geschreven pers; de *jeugdbescherming*; de *bescherming* van het leefmilieu; de *natuurbescherming* en het *natuurbewoud*; de *bescherming* van de verbruiker.

⁴⁴ Arbitragehof, 31 januari 1989, nr. 1/89, B.S., 3 maart 1989.

⁴⁵ R.v.St., 12 maart 1984, nr. 24.067, V.Z.W. Chambre syndicale des pharmaciens d'expression française.

⁴⁶ *R.W.*, 1991-92, 1211-1222 (1221-1222).

⁴⁷ Zie o.m. E.H.R.M., 7 december 1976, *Handyside*, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 24, en 26 april 1979, *Sunday Times*, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 30; RIMANQUE, K., «Noodzakelijkheid in een democratische samenleving - een begrenzing van beperkingen aan grondrechten», in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, 1983, II, 1217-1234; VELAERS, J., *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen, Maklu, 1991, I, nrs. 322 e.v.

gever brengt dit onvermijdelijk met zich. Het hoeft dan ook geen verbazing te wekken dat slechts zelden een onderscheid door de rechter wordt afgewezen wegens gebrek aan geoorloofd oogmerk.

14. Slechts in één geval, namelijk in het onderscheid inzake vrijstelling van kerkbelasting, tussen in Zweden gevestigde personen en degenen die er slechts woonachtig zijn zonder er gevestigd te zijn, kon het E.H.R.M. afwezigheid van wettig doel ontwaren. Zweden gaf dit overigens toe ⁴⁸.

Zonder het begrip onrechtmatig oogmerk uitdrukkelijk te gebruiken heeft het Arbitragehof wetsbepalingen respectievelijk vernietigd en geschorst, die kennelijk de bedoeling hadden de rechtsbescherming door de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State geboden, te neutraliseren ⁴⁹.

In het referaat van A. Beirlaen ⁵⁰ wordt in voetnoot het arrest van de Raad van State geciteerd waarin de Raad navolgend motief onverenigbaar acht met het algemeen belang: het verschil in loopbaan tussen het mannelijk en het vrouwelijk vliegend cabinepersoneel wordt verantwoord op grond van de veronderstelling dat stewardessen van meer dan veertig jaar oud een fysiek voorkomen hebben dat de clientèle van luchtvaartmaatschappijen niet zal bevallen ⁵¹.

In zijn referaat wijst S. Van Crombrugge op het in fiscaal recht vaak voorkomend verschijnsel van de secundaire oogmerken van onderscheidingen die vrijstelling, vermindering of vermeerdering van belasting voorschrijven met het oog op andere dan zuiver fiscale motieven ⁵². Zo mag volgens een arrest van de Raad van State de gemeente wel een belasting heffen op het in dienst hebben van barmeisjes, omdat de gemeente mag belasten wat zij laakbaar acht ⁵³, maar is vrijstelling van een belasting op opslagplaatsen voor schroot om voor de hand liggende stedenbouwkundige redenen daarentegen niet toelaatbaar ⁵⁴.

15. De rechter die de verantwoording van een onderscheid beoordeelt op zijn rechtmatigheid, volgens de principes van een democratische samenleving, legt zich een lastige taak op, zeker wanneer hij – zoals het behoort – dit oordeel op een overtuigende manier wil motiveren. In een democratische samenleving is de beleidsvrijheid van de regelgever immers bijzonder groot, en voor vele domeinen van regelgeving, i.h.b. in het sociale recht, het fiscale recht en het ruime veld van het toelagenrecht betekent de geoorlooftheid van een bepaald oogmerk niet steeds dat het tegengestelde oogmerk ongeoorloofd is. Het gelijkheidsbeginsel gedoogt immers zowel op grotere reële gelijkheid bedachte politieke projecten als de aanwending ervan om reële ongelijkheden te verantwoorden of deze zelfs op grond van andere rationaliteit te vergroten.

16. Het vereiste dat de rechtsregel die een onderscheid in behandeling invoert, een algemeen en onpersoonlijk ka-

rakter moet hebben, stelt bij de beoordeling doorgaans geen probleem. Nakoming van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel ⁵⁵ is eerder een aspect van de algemene behoorlijkeheidsverplichting, dan een toepassing van de gelijkheidsregel. Zo de toepassing van dit beginsel wordt gevraagd in privaatrechtelijke verhoudingen, is evenmin een uitdrukkelijk beroep op de gelijkheid «voor de wet» noodzakelijk om de beoogde rechtsoplossing te argumenteren. Andere leerstukken uit het contractenrecht, al dan niet gelezen in samenhang met het gelijkheidsbeginsel, kunnen tot hetzelfde resultaat leiden. Het referaat van F. De Ly wijst genuanceerd op de verschillende wegen die men in het privaatrecht kan bewandelen ⁵⁶.

Het probleem is echter zeer acuut, wanneer klaarblijkelijk verschil in behandeling niet stoelt op een algemene rechtsregel, in ieder geval niet op enige regeling waarvan de burger de inhoud kan achterhalen. Chr. Van den Wijngaert heeft in haar referaat uitvoerig gewezen op de problemen die zich hierbij voordoen voor het beleid inzake vervolging, straftoewijzing en strafuitvoering ⁵⁷. Als men de rechtspraak van het E.H.R.M. als referentie neemt, dan stelt men vast dat dit Hof zich bij herhaling bevoegd heeft geacht te onderzoeken of van discretionaire bevoegdheid geen willekeurig gebruik werd gemaakt bij de individuele toepassingen ervan en of dit strijdig is met het discriminatieverbod. Dit bevestigde het Hof m.n. in de zaken Engel e.a. ⁵⁸, Handyside ⁵⁹ en Sunday Times ⁶⁰. Doch steeds kwam het Hof tot de conclusie dat willekeur niet werd aangetoond.

17. Het onderscheid moet objectief verantwoord zijn en een adequaat karakter vertonen; m.a.w. er moet een redelijk verband bestaan tussen het onderscheid en het beoogde resultaat; het moet aangepast zijn aan de verantwoording ervan. Verder reikt de beoordelingsbevoegdheid in dit opzicht zeker niet. De omstandigheid dat het beoogde resultaat ook op andere manieren kan worden bereikt, is niet ter zake. De keuze tussen dienstige middelen behoort tot de beleidsvrijheid van de regelgever ⁶¹.

In het verleden werden ongelijke regelingen die door het Hof van Cassatie werden gedoogd, door de Raad van State vernietigd. In hoeverre de specifieke bevoegdheid van deze hoogste rechtscolleges, waarop A. Alen ⁶² heeft gewezen, een rol heeft gespeeld bij de oordeelsvorming, is moeilijk te achterhalen. Deze tegengestelde beoordeling had in de zaken van de schrootopslagplaatsen van Wilrijk en Borsbeek ⁶³ veeleer te maken met de vraag waar de door de rechter niet te beoordelen beleidsvrijheid van de regelgever begint, en, voorts, in de zaken m.b.t. de lagere forfaitaire werkloosheidsuitkering voor vrouwen niet-gezinshoofden, met de

⁵⁵ R.v.St., 26 augustus 1949, nr. 115, François.

⁵⁶ Zie noot 3.

⁵⁷ Zie noot 7.

⁵⁸ E.H.R.M., 8 juni 1976, *cit.*

⁵⁹ E.H.R.M., 7 december 1976, *cit.*

⁶⁰ E.H.R.M., 26 april 1979, *cit.*

⁶¹ Zie o.m. E.H.R.M., 23 juli 1968, *cit.*, en 27 oktober 1975, Syndicat national de la police belge, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 19; Arbitragehof, 2 april 1992, nr. 25/92.

⁶² ALLEN, A., «Gelijkheid en non-discriminatie in het interne recht: synthese», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, *cit.*, 201-207.

⁶³ Cass., 29 oktober 1968, *Arr.Cass.*, 1969, 235; R.v.St., 9 juni 1964, nr. 10.675, Lemmens.

⁴⁸ E.H.R.M., 23 oktober 1990, Darby, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 187.

⁴⁹ Arbitragehof, 13 juni 1991, nr. 16/91, *B.S.*, 18 juli 1991, en 12 maart 1992, nr. 20/92.

⁵⁰ *R.W.*, 1991-92, 1223-1228.

⁵¹ R.v.St., 2 september 1987, nr. 28.435, L'Union professionnelle reconnue «Belgian Corporation of Flight Hostesses».

⁵² Zie noot 42.

⁵³ R.v.St., 30 juni 1977, nr. 18.368, P.V.B.A. Pierre Debeffe.

⁵⁴ R.v.St., 9 juni 1964, nr. 10.675, Lemmens.

vraag of een onderscheid naar geslacht toelaatbaar kan zijn wanneer dit onderscheid de vertaling beweert te zijn van een vermoeden van een gemiddeld lager beroepsinkomen van de vrouw ⁶⁴.

18. Dit doet de vraag rijzen naar de mogelijke rechtmatigheid van onderscheidingen die als zodanig door het internationale recht worden verboden. Het meest verregaand is in dit opzicht artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Het heeft een doorwerking op alle domeinen van het recht en het verbiedt het gedogen van elke discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status. De opsomming is niet limitatief ⁶⁵, maar wanneer volgens de uitdrukkelijk vermelde hoedanigheden een onderscheid wordt gemaakt, zou het ongeoorloofd zijn ⁶⁶. Deze zienswijze kan niet worden aangevaard, ook al strookt ze met verwachtingen van duidelijkheid en voorspelbaarheid. Artikel 26 van dit verdrag verbiedt uiteraard niet dat belastingen progressief mogen zijn in verhouding tot de vermogenstoestand van de belastingplichtige, noch dat een gemeente voor een Sinterklaasfeest bij voorkeur een beroep doet op een donkerkleurige man voor de rol van zwarte Piet, noch dat meisjes op een middelbare school uitsluitend door vrouwen onderricht worden in de lichamelijke opvoeding ⁶⁷ enz. Onderscheid volgens de breuklijnen van de hoedanigheden opgesomd in deze bepaling moet op dezelfde wijze worden beoordeeld op redelijke en objectieve verantwoording, als onderscheid op grond van andere hoedanigheden. Maar een expliciete lijst — o.m. die van artikel 26 van dit verdrag — is in die zin wel relevant dat een verantwoording van een onderscheid bv. op grond van geslacht, ras, overtuiging of geboorte zeldzamer zal zijn in onze rechtssorde.

19. De aangepastheid van het onderscheid in het licht van het beoogde resultaat impliceert een prognose omtrent de intrinsieke functionaliteit van dit onderscheid in de verhouding tussen doel en middel. Deze functionaliteit, of de afwezigheid ervan, hoeft niet te worden bewezen. In een beroep tot vernietiging kort na de bekendmaking kan dit bewijs of tegenbewijs niet worden geleverd. Redelijke verwachtingen moeten volstaan.

Bij ongelijke behandeling inzake persoonlijke verhoudingen kan dit adequaat karakter worden getoetst aan hypothesen die geloofwaardig zijn. Het Arbitragehof geeft hiervan een uitvoerig gemotiveerd voorbeeld in zijn arrest m.b.t. art. 319, § 3, B.W., dat voorschrijft dat de erkenning van een minderjarig, niet ontvoegd kind door de vader, slechts ontvankelijk is indien de moeder vooraf toestemt ⁶⁸. Maar wanneer onderscheid wordt gemaakt in domeinen van het recht, die moeten worden beschouwd als pogingen van de regelgever om macro-economische impulsen te geven, kan dit adequaat karakter van het onderscheid nauwelijks nog wor-

den beoordeeld. Hoe en wanneer zal men die impulsen met bv. demografische oogmerken beoordelen? Economische analyse van het recht, zoals beoefend in het referaat van R. Van den Bergh ⁶⁹, hoeft geen aanspraak te maken op onfeilbaarheid om aan te tonen dat voorzichtigheid geboden is t.a.v. de verwachte resultaten die worden toegedicht aan de inzet van specifieke juridische instrumenten. Men kan eerder te maken hebben met een traditie van verwachtingen, dan van resultaten.

20. Slechts zelden heeft het E.H.R.M. geoordeeld dat een ongelijke behandeling in het genot van een fundamenteel recht niet objectief en redelijk verantwoord was. Dit houdt ten dele verband met de vaste rechtspraak van het Hof om, na vaststelling van een schending van een grondrecht, dezelfde grief niet nogmaals te onderzoeken op de aanwezigheid van een eventuele discriminatie ⁷⁰. Het Arbitragehof kan op dit ogenblik slechts deze laatste weg bewandelen ⁷¹, grieven over miskenning van grondrechten inzake onderwijs uitgezonderd. Slechts eenmaal is het Hof te Straatsburg van dit beleid afgeweken, namelijk in de zaak Marckx. België werd voor dezelfde regelingen veroordeeld zowel wegens miskenning van het recht op eerbiediging van het gezinsleven, als wegens discriminatie m.b.t. dit recht ⁷². Tot op heden heeft het E.H.R.M. slechts discriminerende regelingen omtrent buitenechtelijke afstamming ⁷³ en geslachtsdiscriminatie bij immigratie op grond van gezinshereniging ⁷⁴ als onredelijk veroordeeld.

21. In de rechtspraak van het Arbitragehof treft men een merkwaardig parallelisme aan. De gevallen waarin een onderscheid onredelijk wordt geacht, zijn schaars en hebben tot op heden in meerderheid te maken met rechten die behoren tot de persoonlijke levenssfeer: de erkenning van een kind door de vader ⁷⁵, het erfrecht van het buitenechtelijk

⁶⁹ VAN DEN BERGH, R., «Ongelijkheid en 'discriminatie' in de verhouding tussen leveranciers en afnemers», *R.W.*, 1991-92, 1229-1239.

⁷⁰ Zie E.H.R.M., 25 april 1978, Tyrer, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 26; 9 oktober 1979, Airey, nr. 32; 22 oktober 1981, Dudgeon, nr. 45; 26 maart 1985, X en Y t. Nederland, nr. 91; 18 december 1986, Johnston e.a., nr. 112; 19 december 1989, Kamasinski, nr. 168.

⁷¹ Reeds uit het eerste arrest ten gronde omtrent een grief over de discriminatie m.b.t. een grondrecht (de vrijheid van vennootschap van klinische biologen) blijkt hoe kunstmatig die beperking van de bevoegdheid van het Arbitragehof is. De onevenredige beperking van de vrijheid vennoot te zijn in een onderneming had normaal vernietigd moeten worden wegens schending van de vrijheid van vereniging (art. 20 Gw. en art. 11 E.V.R.M.), zonder de kunstmatige omweg langs het discriminatieverbod. Had het Europees Hof deze zaak moeten beoordelen, dan zou het middel geput uit de schending van art. 14 E.V.R.M. vermoedelijk als overbodig onbeantwoord zijn gebleven (zie Arbitragehof, 13 oktober 1989, nr. 23/89, *B.S.*, 8 november 1989).

⁷² E.H.R.M., 13 juni 1979, Marckx, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 31.

⁷³ E.H.R.M., 13 juni 1979, Marckx, *cit.*; 18 december 1986, Johnston e.a., *cit.*; 28 oktober 1987, Inze, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 126; 29 november 1991, Vermeire, nr. 214-C.

⁷⁴ E.H.R.M., 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 94.

⁷⁵ Arbitragehof, 21 december 1990, nr. 39/90, *B.S.*, 17 januari 1991.

⁶⁴ Cass., 9 mei 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 854; *R.v.St.*, 15 maart 1974, nr. 16.313, Masip.

⁶⁵ BOSSUYT, M., *o.c.*, p. 56 e.v.

⁶⁶ Zie o.m. Cass., 18 september 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 103; PIRET, J.-M., *l.c.*, 128. Zie ook de kritiek van BEIRLAEN, A., *l.c.*, 1224.

⁶⁷ *R.v.St.*, 22 juli 1980, nr. 20.514, Storms.

⁶⁸ Arbitragehof, 21 december 1990, nr. 39/90, *B.S.*, 17 januari 1991.

kind na het arrest Marckx ⁷⁶, de betrokkenheid van de verweerder bij de procedure van rechtsbijstand in geval van echtscheiding wegens overspel ⁷⁷. Voor het overige oordeelde het Arbitragehof dat het niet redelijk kan worden geacht de Duitstalige te verplichten ten minste duizend handtekeningen te verzamelen in vijf provincies om een lijst in te dienen voor de Europese verkiezingen ⁷⁸, veroordeelde het Hof de exclusieve bevoegdheid van de parlementaire controlecommissie m.b.t. het instellen van strafvorderingen wegens overtreding van de wet m.b.t. de financiering van de verkiezingsuitgaven en van de politieke partijen ⁷⁹ en het ongunstige fiscale stelsel van gepensioneerde niet-verblijfhouders zonder tehuis in België ⁸⁰.

22. De finale proef die een juridische differentiatie moet ondergaan, is die van de evenredigheid tussen het beoogde resultaat en de gevolgen van het daartoe gemaakte onderscheid. Het vereiste van evenredigheid is in het raam van het E.V.R.M. ook de ultieme test bij de beoordeling van de vraag of een beperking aan een grondrecht nodig is in een democratische samenleving ⁸¹.

De Raad van State heeft dit vrij vroeg begrepen ⁸²: wanneer de benoeming van een gemeenteklerk afhankelijk wordt gesteld van zijn lichamelijke geschiktheid, dan volstaat het onderzoek door de administratieve gezondheidsdienst. Kandidaten weren omdat zij medisch ongeschikt werden bevonden voor militaire dienst, is overdreven.

Algemeen is men het erover eens dat dit vereiste van evenredigheid met terughoudendheid moet worden beoordeeld ⁸³. De grens tussen juridische beoordeling en beleidskritiek is hier immers bijzonder vaag. Deze terughoudendheid blijkt echter niet eenduidig uit de wijze waarop rechterlijke uitspraken worden gemotiveerd. Wanneer m.n. het E.H.R.M. een beperking aan een grondrecht of een onderscheid overdreven acht, dan wordt deze beslissing doorgaans gemotiveerd in bewoordingen die een volheid van beoordeling doen veronderstellen ⁸⁴. Maar wanneer die toets gunstig uitvalt voor de beoordeelde regel of de toepassing ervan, wordt met nadruk gewezen op de ruime marge van appreciatie die de regelgever toekomt.

23. Slechts in het taalarrest van 1968 heeft het E.H.R.M. een veroordeling wegens onevenredigheid van de ongelijke

behandeling uitgesproken ⁸⁵. De evenredigheidstoets blijkt operationeler wanneer de vraag moet worden beantwoord of een beperking aan een fundamentele vrijheid nodig is in een democratische samenleving ⁸⁶.

Het Arbitragehof van zijn kant achtte sommige verplichtingen en verbodsbepalingen inzake de vennootschapsorganisatie van klinische laboratoria onevenredig met het doel de overconsumptie te bestrijden ⁸⁷. Het Hof had ook evenredigheidskritiek op de ingewikkelde formule ter berekening van een belasting op het lozen van afvalwater in Wallonië ⁸⁸. De uniforme regeling die in Vlaanderen de subsidiëring van de scholen berekent op het leerlingenaantal van 1 februari van het vorige schooljaar, benadeelt op onevenredige wijze de scholen in opbouw. Dit is een duidelijk geval waarin een eenvormige regeling discriminatoir wordt geacht omdat zij geen rekening houdt met de specifieke situatie van sommige entiteiten waarop de regeling van toepassing is ⁸⁹.

24. De intensiteit waarmee het gelijkheidsbeginsel door de rechter wordt beoordeeld, kan op twee manieren worden benaderd. Vanuit zijn functie bekeken kan er sprake zijn van onmiskenbaar jurisdictioneel activisme, zoals het Supreme Court van de Verenigde Staten het beoefende in de vijftiger en de zestiger jaren ⁹⁰: volheid van beoordeling of marginale toetsing. De keerzijde van de medaille is de mate waarin ten aanzien van de regelgever een vrijheid van beleidskeuze en van de inzet van middelen wordt erkend om het beoogde resultaat te bereiken.

Het E.H.R.M. geeft ook hier de toon aan. Algemeen erkent dit Hof het bestaan van een marge van appreciatie van de regelgever. Het wijst bij herhaling op de eigen subsidiaire rol. Maar in sommige arresten duikt de bevreedende passage op, dat die marge van appreciatie niet steeds even ruim is, maar verschillen vertoont naar gelang van de omstandigheden, van de aard van het recht waaromtrent onderscheid wordt gemaakt en van de hele context ⁹¹. Uit deze vage formulering kan in geen enkel opzicht een prognose worden afgeleid m.b.t. de vraag hoe in de toekomst ongelijkheid in het genot van een grondrecht zal worden beoordeeld wanneer het ongelijkheden betreft waarover dit Hof nog niet heeft geoordeeld. De ruime veroordeling van België in de zaak Marckx ⁹² was verrassend. Wie met aandacht de rechtspraak van dit Hof tot 1979 had gevolgd, verwachtte die uitspraak niet. Wel kon worden verwacht dat het Hof niet op zijn stappen zou terugkeren m.b.t. dezelfde of analoge problemen: de beweerde bescherming van het op een wettig huwelijk gebaseerd gezin en dito afstamming is *in se* lofwaardig, maar die bescherming mag niet worden beoogd ten koste van de rechten van enig kind. De herhaling van dit standpunt in de arresten in de zaken Johnston ⁹³, Inze ⁹⁴ en zeer recent in

⁷⁶ Arbitragehof, 4 juli 1991, nr. 18/91, *B.S.*, 22 augustus 1991.

⁷⁷ Arbitragehof, 19 december 1991, nr. 41/91, *B.S.*, 25 januari 1992.

⁷⁸ Arbitragehof, 14 juli 1990, nr. 26/90, *B.S.*, 4 augustus 1990.

⁷⁹ Arbitragehof, 21 december 1990, nr. 40/90, *B.S.*, 31 januari 1991.

⁸⁰ Arbitragehof, 21 november 1991, nr. 34/91, *B.S.*, 14 december 1991.

⁸¹ Zie K. RIMANQUE en J. VELAERS, aangehaald in voetnoot 47.

⁸² R.v.St., 27 oktober 1960, nr. 8.180, *Elsen*.

⁸³ SUETENS, L.P., «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, *cit.*, 106-108.

⁸⁴ Zie o.m. E.H.R.M., 13 juni 1979, Marckx, *cit.*, en 26 april 1979, Sunday Times, *cit.* In dit laatste arrest wordt deze evenredigheid beoordeeld in het raam van de noodzakelijkheid van een beperking in een democratische samenleving. Deze afweging is echter als redenering in wezen van dezelfde aard als bij de toepassing van het discriminatieverbod: de gevolgen van een aangewend middel worden beoordeeld in het licht van wat nodig kan worden geacht om een wettig resultaat te bereiken.

⁸⁵ E.H.R.M., 23 juli 1968, *cit.*

⁸⁶ Zie VELAERS, J., *o.c.* (voetnoot 47).

⁸⁷ Arbitragehof, 13 oktober 1989, nr. 23/89, *B.S.*, 8 november 1989.

⁸⁸ Arbitragehof, 12 maart 1992, nr. 16/92.

⁸⁹ Arbitragehof, 2 april 1992, nr. 28/92.

⁹⁰ Zie een overzicht van deze ontwikkeling in KOOPMANS, T., *Vergelijkend publiekrecht*, Deventer, Kluwer, 1986, 56 e.v.

⁹¹ E.H.R.M., 28 november 1984, Rasmussen, *Publ. C.E.D.H.*, nr. 87; 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali, *cit.*

⁹² E.H.R.M., 13 juni 1979, *cit.*

⁹³ E.H.R.M., 18 december 1986, *cit.*

het arrest Vermeire ⁹⁵, opnieuw tegen België, was voorspelbaar. Maar telkens als een nieuw probleem rijst, is de uitkomst onzeker. De krappe stemming (acht tegen zeven) waarmee België werd veroordeeld in het taalarrrest van 1968 ⁹⁶ toont voldoende aan hoe gelijkkluidende uittgangspunten toch kunnen leiden tot tegengestelde conclusies. Vooral m.b.t. de toets van de voldoende vergelijkbaarheid van de situaties en van de, zoals beweerd, met terughoudendheid uitgeoefende proef van evenredigheid, is de voorspelbaarheid gering.

Het intuïtieve oordeel van elke rechter en de confrontatie van standpunten in de beraadslaging over de ultieme redelijkheid van een onderscheid gaat aan de redactie van een arrest vooraf. De motivering moet consistent blijven met de beschikking, doch deze kan niet steeds de juiste weergave zijn van de oordeelsvorming van elke rechter en evenmin van de interactie bij de besluitvorming. *Dissenting opinions* geven in de regel meer aanwijzingen over de opinie van een rechter die het niet eens was met de meerderheid, dan dat in het arrest zelf de precieze gedachtengang van de meerderheid kan worden gelezen ⁹⁷.

25. Kan in de rechtspraak van het Arbitragehof m.b.t. het gelijkheidsbeginsel enige lijn worden teruggevonden die voorspelbaarheid t.a.v. toekomstige beroepen of geschillen wettigt? In navolging van het E.H.R.M. kan worden bevestigd dat het Arbitragehof onderscheid van behandeling in verhoudingen of belangen die tot de privé-sfeer behoren, in de regel indringend beoordeelt. Dit leidde tot de vaststelling van de schending van het gelijkheidsbeginsel bij de erkenning van het vaderschap ⁹⁸, in het gebrek aan enige retroactiviteit in de nieuwe wet op de afstamming ⁹⁹, in de hogere belasting voor Benidormgepensioneerden zonder tehuis in België ¹⁰⁰, in de gebreken inzake de kosteloze-rechtsbijstandsregeling bij echtscheiding ¹⁰¹, bij overdreven bedrijfsvoorheffing voor één-inkomengezinnen ¹⁰² en in de onredelijke beperkingen op de deelname in vennootschappen voor klinische biologen ¹⁰³.

Anderdeels stelt het Arbitragehof zich zeer terughoudend op wanneer ongelijke behandeling wordt aangevoerd in aanlegenheden die het onderwerp zijn geweest van een moeilijk bereikt politiek akkoord van communautaire of ideologische aard. *Quieta non movere* is het Leitmotiv. De ruime instemming van de vertegenwoordigers van de natie als woordvoerders van de op het spel staande belangen wordt als pacificatie aanvaard. Slechts beperkte mislagen die de kern van deze labiele evenwichten niet raken, worden gecensureerd. Dit blijkt uit de arresten inzake de verkiezingen voor het Europees Parlement ¹⁰⁴, het actuele statuut van

Voeren, Komen-Waasten en de facilitéitengemeenten ¹⁰⁵, de regeling van de verkiezingsuitgaven en de financiering van de politieke partijen ¹⁰⁶, de bijzondere financiële positie van de stad Luik in het Waalse Gewest ¹⁰⁷ en de aan het schoolpact ontleende verschillen in behandeling tussen de schoolnetten ¹⁰⁸.

Tussen de persoonlijke levenssfeer en de macro-politieke pacten ligt een uitgestrekte zone met vele juridische differentiaties die aan het Arbitragehof ter beoordeling kunnen worden aangeboden.

26. De beperking van de bevoegdheid van het Arbitragehof draagt ertoe bij dat grieven i.v.m. andere fundamentele rechten en vrijheden op een geforceerde wijze als discriminatieprobleem worden ingekleed. Het is niet consistent dat de bezwaren tegen een te libertair geachte abortuswet niet rechtstreeks kunnen worden aangevochten in naam van het recht op wettelijke bescherming van het leven en in naam van het recht op eerbiediging van het gezinsleven van de man die de zwangerschap heeft verwekt, doch moeten worden voorgesteld als discriminatieproblemen. Valt die beperking echter weg, dan verliest het Arbitragehof ook alle middelen om het antwoord op fundamentele vragen te ontwijken. De proef op de som voor deze stelling zal eerlang kunnen worden geboden door de Raad van State, nu de rem op de schorsingsbevoegdheid t.a.v. administratieve rechtshandelingen is weggefallen.

27. De vraag rijst of op grond van de actuele uitgangspunten enige voorspelbaarheid van de uitkomst in gelijkheidsgeschillen gewettigd is. Deze vraag geldt overigens evenzeer voor de hoven en rechtbanken, inzonderheid voor het Hof van Cassatie en de Raad van State. Het is niet inconsistent te stellen dat het op zichzelf vage en meerduidige gelijkheidsbeginsel door de rechtspraak is vervangen door een veelvoud van eveneens vage en op zichzelf problematische criteria. De indringendheid waarmee zij worden toegepast, hangt mede af van omstandigheden die verder nauwelijks worden geëxpliciteerd. Achter het scherm van de betwistingen omtrent de vergelijkbaarheid van situaties, omtrent de rechtmatigheid van de verantwoording van een onderscheid, omtrent het objectief en adequaat karakter van dit onderscheid en de passende evenredigheid, blijft de fundamentele vraag van de betekenis van het gelijkheidsbeginsel als opdracht voor regelgevers en rechters verhuuld. Veel minder wordt nog de vraag gesteld in welk perspectief deze regel en de daaraan ontleende criteria worden toegepast – anders dan in de negentiende eeuw. Ch. Faider had de relatieve verdienste van de eerlijkheid omtrent het maatschappijmodel dat hij voorstond, en hij interpreteerde het gelijkheidsbeginsel consequent volgens dit geproclameerde ideaal. De criteria die de jongste decennia het gelijkheidsbeginsel justitiabel hebben gemaakt, neutraliseren het uitzicht op de finaliteit die in dit beginsel wordt gelezen. Wanneer de vraag naar de aanwezigheid van voldoende analogie wordt gesteld, is het niet onverschillig of in het gelijkheidsbeginsel een emancipatorische hefboom wordt gelezen, dan

⁹⁴ E.H.R.M., 28 oktober 1987, *cit.*

⁹⁵ E.H.R.M., 29 november 1991, *cit.*

⁹⁶ E.H.R.M., 23 juli 1968, *cit.*

⁹⁷ Zie o.m. die van de minderheid in het taalarrrest en die van rechter Sir Gerald Fitzmaurice in de zaak Marckx.

⁹⁸ Arbitragehof, 21 december 1990, nr. 39/90, *cit.*

⁹⁹ Arbitragehof, 4 juli 1991, nr. 18/91, *cit.*

¹⁰⁰ Arbitragehof, 21 november 1991, nr. 34/91, *cit.*

¹⁰¹ Arbitragehof, 19 december 1991, nr. 41/91, *cit.*

¹⁰² Arbitragehof, 13 juni 1991, nr. 16/91, *cit.*

¹⁰³ Arbitragehof, 13 oktober 1989, nr. 23/89, *cit.*

¹⁰⁴ Arbitragehof, 14 juli 1990, nr. 26/90, *cit.*

¹⁰⁵ Arbitragehof, 23 mei 1990, nr. 18/90, *R.W.*, 1990-91, 75.

¹⁰⁶ Arbitragehof, 21 december 1990, nr. 40/90, *cit.*

¹⁰⁷ Arbitragehof, 28 mei 1991, nr. 13/91, *B.S.*, 28 juni 1991.

¹⁰⁸ Arbitragehof, 2 april 1991, nrs. 26/92 en 27/92; 5 december 1991, nr. 38/91, *B.S.*, 21 december 1991.

wel veeleer de mogelijkheid maatschappelijke verschillen juridisch te legitimeren. Zowel gelijke rechtsregels die deze maatschappelijke verschillen in stand houden, als ongelijke rechtsregels met dezelfde werking kunnen in dit laatste perspectief worden gebillijkt wanneer zij kunnen bogen op een stevig in het geheugen van een samenleving verankerde traditie. Terughoudendheid bij de beoordeling van de vraag naar de verzoenbaarheid van rechtsregels met het gelijkheidsbeginsel biedt geen uitkomst uit het dilemma waarvoor de rechter wordt geplaatst. De terughoudendheid van hoogste nationale of Europese rechtscollages leidt immers in vele gevallen tot de plechtige bevestiging van de rechtmatigheid van regelingen die traditionele differentiaties in stand houden of die specifieke problemen van bevolkingsgroepen missen. Van die bevestiging op zich gaat een legitimerende werking uit, die niet is uit te wissen en haar betekenis behoudt op het ogenblik dat de politieke discussie op gang komt omtrent de wijziging van het vroegere recht, ongeacht in welk politiek-ideologisch perspectief op die verandering wordt aangedrongen.

28. In de proeve van nieuwe Nederlandse Grondwet van 1966, voorbereid door een commissie van juristen, wordt voorgesteld aan de rechterlijke macht de bevoegdheid te verlenen wetten te toetsen aan de in de proeve opgenomen klassieke grondrechten, w.o. het gelijkheidsbeginsel. De voorgestelde bevoegdheid beperkt zich tot een niet-toepasselijk verklaren van de wet in een geschil¹⁰⁹. In 1967 wordt een nieuwe commissie ingesteld. In haar tweede rapport van 1968 sluit een meerderheid van elf tegen zes leden zich aan bij het voorstel van de Proeve in zoverre de toetsing beperkt blijft tot de welomschreven klassieke grondrechten die voor de overheid uitsluitend of hoofdzakelijk onthoudingsverplichtingen met zich brengen. Doch toen de gelijke bescherming van persoon en goed ter sprake kwam, bleken op twee na alle leden van oordeel te zijn dat slechts de toepassing van de wet en niet de wet zelf aan het gelijkheidsbeginsel kan worden getoetst. Het zou ongewenst zijn, indien de rechter in een beoordeling zou treden van de vraag of de wetgever op de juiste wijze het gelijkheidsbeginsel verwezenlijkt, aldus het verslag¹¹⁰. Uiteindelijk werd het beginsel van de onschendbaarheid van de wet t.a.v. de Grondwet on-

verkort gehandhaafd. Doch deze kwestie staat actueel opnieuw ter discussie in Nederland¹¹¹.

Aldus werd in Nederland op een bepaald ogenblik ernstig overwogen rechterlijke toetsing van wetten aan de klassieke grondwettelijke grondrechten in te voeren, doch niet aan het gevoelige, meerduidige gelijkheidsbeginsel. In België heeft men, op de onderwijsvrijheid en het recht op onderwijs na, net het tegengestelde gerealiseerd.

29. Is er echter bijzondere reden tot kritiek op de wijze waarop m.n. het Arbitragehof tot op heden die bevoegdheid heeft uitgeoefend? De uitgangspunten werden ontleend aan het beproefde model van het Hof te Straatsburg. Zonder vooroordeel overschouwd, kan worden bevestigd dat deze rechtspraak beslist niet onredelijk is. Doch wanneer men met dezelfde afstandelijkheid de vraag stelt of tegengestelde beslissingen in vele van die beroepen of prejudiciële vragen onredelijk zouden zijn geweest, dan kan deze vraag ook ontkennend worden beantwoord. Hierin schuilt de paradox van het gelijkheidsbeginsel. In een democratische samenleving kan en mag het ethos dat achter de gelijkheid voor de wet schuilgaat, zeer uiteenlopend worden ingevuld. Deze intrinsieke paradox van een juridische imperatief wordt niet uitgewist door de actueel algemeen aanvaarde proeven waaraan een juridische regeling in naam van het gelijkheidsbeginsel wordt onderworpen. De paradox wordt er slechts door verhuld.

30. De ultieme verhulling is echter de volgende. De politieke machthebbers ontvluchten de hoogste verantwoordelijkheid voor hun beslissingen en voor hun keuzes door in toenemende mate de jurisdictionele rechtsbescherming voor de burger te benaarstigen. De veralgemeende aanvechtbaarheid van politieke beslissingen door individuele burgers of georganiseerde groepsbelangen ontlast de politieke wereld van deze ultieme verantwoordelijkheid voor de organisatie van de samenleving en de verdeling van de lasten en de lusten in de gemeenschap. Deze berust steeds indringender bij de keuring ervan door de rechter.

¹¹⁰ *Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, 's-Gravenhage, 1969, 34 e.v. en 48 e.v.

¹¹¹ Zie *Toetsing*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 1992-I, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, met preadviezen van L. PRAKKE, T. KOOPMANS en J.M. BARENDRECHT.

¹⁰⁹ *Proeve van een nieuwe grondwet*, 's-Gravenhage, 1967, 55 en 179.

WAAR ZITTEN DE VLAAMSE JURISTEN?

Slotrede door voorzitter Marcel STORME

Het is mijn voorrecht ¹ het 35e Congres van de V.J.V. te besluiten en tevens af te sluiten.

Ik verheug mij nu reeds over het feit dat – indien de tur-nus wordt gerespecteerd en indien noch nieuwe universitei-ten in Vlaanderen worden opgericht, noch bestaande ver-dwijnen – het 50e Congres van onze Vereniging te Gent zal worden gehouden in 2022. Ik hoop aldaar aanwezig te kunnen zijn, maar wees gerust, niet meer als voorzitter van onze Vlaamse Juristenvereniging.

Voorzitter van de Nederlandse Juristenvereniging, colle-ga Bloembergen,

Sinds het eerste naoorlogse congres van 1967 te Gent heb-ben wij erover gewaakt onze zusterorganisatie uit Nederland uit te nodigen tot onze jaarvergadering en congressen.

In lengte van jaren heb ik intussen ook geleerd dat helaas onze gemeenschappelijke slagkracht omgekeerd evenredig is met onze wederzijdse waardering en vriendschap.

Toch doe ik vooralsnog een poging m.b.t. één van de vele punten, waarbij wij gezamenlijk zouden kunnen optreden. Weet U dat de Nederlandse tekst van de internationale ver-dragen, zoals die verschijnt in het *Belgisch Staatsblad* niet identiek is met die van het *Nederlands Tractatenblad*? Kun-nen we daar op korte termijn toch niet gezamenlijk iets aan doen?

Vandaag ben ik een bijzonder gelukkig man. Inderdaad, het eerste congres dat ik als nieuwverkozen voorzitter mocht meemaken was het 31e congres te Leuven in 1984. Er waren geen 100 congresdeelnemers en het banket was een gezellig en intiem diner met de rapporteurs. Ik heb toen gezworen dat dit zou veranderen; vandaag is dit veranderd en ik dank de congresvoorzitter voor zijn grenzeloze inspanning en felicitteer hem met het schitterend resultaat. Ik betrek hierbij allen die van dit congres een topser hebben gemaakt, in het bijzonder ook het *Rechtskundig Weekblad* dat sinds zijn oprichting het trouwste huisorgaan van onze Vereniging is geweest en dit moge blijven.

Uw voorzitter is ook een gelukkig man omdat onze Ver-eniging vandaag mag verklaren dat zij de meest geëigende en representatieve Vereniging is voor meer dan 20.000 Vlaamse Juristen.

Sinds het jongste congres te Gent (1990) hebben wij niet stilgezeten: de jaarvergadering te Mechelen (1991), de stu-diedag over Intellectuele Eigendom op Flanders' Techno-logie (1991), ons manifest over de depolitisering van het openbaar ambt (1991).

Samen met het V.E.V. hebben we een gerechtelijke actie ondernomen i.v.m. de Europese verkiezingen; we hebben een gevecht verloren, maar de veldslag vóór 1994 zullen we winnen.

¹ Ik gebruik met opzet dit anglicisme om mijn ergernis te uiten over het taalimperialisme van de Engelse taal, die de «relève» heeft genomen van het even verwerpelijke taalimperialisme van de Fran-se taal.

Met het Algemeen Nederlands Congres hebben we een actie ondernomen m.b.t. het gebruik van het Nederlands bij commerciële etikettering (zaak Piageme); een tussenkomst in de thans hangende vordering wordt overwogen. Meer wens ik daarover niet te zeggen, omdat wij tenminste nog de «sub judice»-regel respecteren.

Ons ledenblad *Vlaams Jurist Vandaag* verschijnt met de re-gelmaat van een klok; zijn kwaliteit is onze Vereniging waar-dig. Ik dank de hoofdredacteur en zijn team, alsmede uit-geverij Story-Scientia.

De werkgroepen «Het statuut van de jurist-ambtenaar», «Interprofessionele samenwerking», «Internationale sa-menwerking van Juristenverenigingen in Europa» zitten thans op kruissnelheid.

En er werd het initiatief genomen voor een Staatsrechts-conferentie, die alle centra van publiek recht in Vlaanderen groepeerd en autonoom, zij het in samenspraak met de V.J.V., colloquia en onderzoeksprojecten zal animeren van af 1993.

Met het Verbond van Vlaamse Academics maakten we een afspraak om, samen met de overige verenigingen van academics (geneesheren, ingenieurs,...), gemeenschappelij-ke acties te ondernemen m.b.t. bepaalde punctuele doelstel-lingen.

Dank zij onze voortreffelijke secretarissen, mevrouw Magda Claesen en haar waardige opvolger, mevrouw Yolan-da Vanden Bosch, hebben wij een ledenbestand uitge-bouwd, dat binnen afzienbare tijd ons streefdoel zal berei-ken: elk Vlaams Jurist, die titel waardig, is lid van de Vlaam-se Juristenvereniging.

Dank zij 20.000 Vlaamse Juristen kunnen wij meer dan ooit voorheen trachten ons driedubbel doel maximaal te ver-wezenlijken; de beveiliging van de Rechtsstaat, de juridi-sche voltooiing van de Vlaamse beweging en de promotie van de beroepsbelangen van de Vlaamse Juristen.

Alvorens uitvoeriger de centrale vraag van deze slotrede «Waar zitten de Vlaamse Juristen» te beantwoorden, wil ik nog even iets zeggen over de Rechtsstaat, die verder wordt ontsokkeld door de gezagdragers zelf, en over de «Ver-schweizering» ² van Vlaanderen.

Ontsoeking van de rechtsstaat

De Rechtsstaat werd in dit land niet alleen aan het wan-kelen gebracht; hij wordt ontsokkeld.

1. De hoogste gezagdragers aarzelen niet publiekelijk de rechterlijke macht te verwensen. Ministers en hoge ambte-naren van parastatalen verklaren onomwonden – ik citeer recente uitspraken: «Deze uitspraak is nonsens»; «Dit be-velschrift leg ik naast mij neer»; «Ik ben woedend op deze uitspraak»; «Dat men dit maar probeert uit te voeren»; «Wij betalen niet, vermits we immuun zijn...»

² De uitdrukking komt van de Duitse auteur Alfred Grosser.

Andere gezagdragers weigeren hun verantwoordelijkheid op te nemen en maken van de rechterlijke macht een doorgeefluik voor politieke compromissen: «Voor het taalinstituut van de Sabena moet men een rechterlijke uitspraak afwachten» (sic).

2. De rechtszekerheid wordt niet gediend door een immer wisselende wetgeving met een overigens tanende kwaliteit.

De jongste weken dienden we herhaaldelijk twee edities per dag van het Belgisch Staatsblad te slikken.

3. Bijzonder scherpe maatschappelijke problemen – het vluchtelingenprobleem en het migrantenvraagstuk – worden zelden in een juridisch perspectief benaderd, met alle catastrofale gevolgen van dien. Ik denk hierbij uiteraard aan het fundamenteel respect voor de mensenrechten.

4. De eerbiediging van het constitutionele kaderwerk heeft de jongste twee jaar zware averij geleden, opnieuw door het onaanvaardbaar optreden van de uitvoerende macht.

Het zij hier duidelijk gesteld: de Vlaamse Juristenvereniging is een fervente tegenstander van de Jeltsin-doctrine, hoewel sommigen die in ons land zouden willen toepassen.

Tenslotte gaan de politieke benoemingen in het openbaar ambt verder, aan elke schaaft voorbij. De dag na de nietigverklaring van dergelijke benoemingen op het hoogste Vlaamse niveau wordt aan de betrokkenen opnieuw dezelfde functie toevertrouwd. *Wat we zelf vernielen, vernielen wij beter.*

Er is één groot lichtpunt, waardoor het geheel nog als «clair-obscur» kan worden beschouwd: de depolitiserende van de benoemingen in de magistratuur, waarvan wij met trots mogen stellen dat de belofte die minister Wathet ons bestuur heeft gedaan in 1988³, werd nagekomen door zijn wet van 18 juli 1991, die dezer dagen in volle uitvoering treedt.

Geen «Verschweigerung» van Vlaanderen

Vanop deze tribune wens ik met klem afstand te nemen van al diegenen die Vlaanderen willen opsluiten in een ghetto. Hierbij denk ik aan de kreten: «Geen Duitse missen meer; geen Engelse liederen meer; geen Frans kapitaal meer; geen geslachtloos Hollands meer; geen vreemdelingen meer en bovenal geen Europeanen meer in Brussel».

Vorige maandag mocht ik met de Sabena-vlucht nr. 275 landen in Warszawa en hoorde ik vóór alle andere mededelingen met enige vreugde de aankondiging in het Nederlands: «Het boordpersoneel heet U van harte welkom op Poolse bodem.»

Soms heb ik de indruk dat wij het gevleugelde woord van August Vermeylen, eerste rector van de eerste Vlaamse Universiteit te Gent, uit ons geheugen hebben gewist.

Waar zitten de Vlaamse Juristen?

Deze vraag werd vanuit de politieke hoek herhaaldelijk dezer dagen gesteld te midden van de zogeheten dialoog van gemeenschap tot gemeenschap. Zij is terecht bedoeld als

³ Zie ook mijn noodkreet in dit verband op het 34e congres te Gent in 1990: «Quousque tandem abutere patientia nostra?»

een uitdaging voor de Vlaamse Juristen opdat zij ten minste in deze communautaire duisternis enig licht brengen. Waar zitten zij nu?

Ik wil die vraag ondubbelzinnig beantwoorden, maar op drie niveaus.

In de eerste plaats zitten de Vlaamse Juristen in het hart van onze samenleving, van waaruit zij het volste recht hebben – en dit ook wensen te behouden – om Cassandra's te zijn en te blijven. Dit betekent dat zij zich met de nodige scherpzinnigheid en kracht moeten opstellen tegenover de ontwikkelingen in het politiek en maatschappelijk bestel.

Het is vanuit dit standpunt dat wij zeggen en herhalen dat de sinds twintig jaar aan gang zijnde staats Hervorming van geen enkele visie getuigt⁴, de gewone burger bedrieglijk de illusie heeft gegeven dat er een duurzame communautaire oplossing in het verschiet lag⁵ en hem ten slotte heeft opgezadeld met slecht werkende instellingen die voortdurend en eindeloos moeten worden opgeknapt⁶.

Ik weet wel dat sommige politici na zo'n uitspraak wellicht zullen nazeggen: «The first thing we do, let's kill the lawyers» (Henry IV).

Daarom ga ik verder naar een tweede niveau: waar zitten ze *toch*, die Vlaamse Juristen?

Zonder verraad te plegen tegenover zichzelf⁷, hebben Vlaamse Juristen altijd, ook en vooral in politiek ingewikkelde materies, niet alleen een standpunt ingenomen – wat relatief eenvoudig is – maar bovendien ook concrete beleidslijnen mee helpen uitstippelen.

Ik kan ver in de geschiedenis teruggaan en herinneren aan de Vlaamse Hogeschoolcommissie en de strijd om de eerste Vlaamse Universiteit te Gent, alsook aan de Vernederlandsing van het Gerecht en aan de Wet op het Taalgebruik in Gerechtssaken.

Dichter bij ons denk ik aan de oprichting van het Hof van Beroep te Antwerpen⁸.

Mag ik eraan herinneren dat de wet van 4 mei 1984, houdende de oprichting van een Nederlandse en een Franse Orde van de Advocaten van de balie te Brussel het resultaat

⁴ De enige visie die ik officieel in het buitenland hoor verkondigen, is dat de originaliteit van de Belgische visie erin bestaat dat hier geen bloed vloeit (sic).

⁵ De verkiezingsuitslag van 24 november 1991 in Vlaanderen hebben o.m. aangetoond dat de burger ook op dat stuk de «classa politica» de rug heeft toegekeerd.

⁶ Voorbeeld bij uitstek is de wijze waarop in verschillende successieve fases de Vlaamse Executieve telkens weer anders diende te worden samengesteld.

⁷ Hoewel ik de grondstelling van Julien Benda niet deel, blijft zijn «Trahison des clercs» uit 1927 nog steeds lezenswaard, i.h.b. waar hij het heeft over de intellectuelen die de gehechtheid aan de praktische roemen en de liefde voor het geestelijke neerhalen: «Mais les clercs ont attirés par leurs doctrines le réalisme des laïcs bien autrement qu'en exaltant le particulier et flétrissant l'universel; ils ont inscrit au sommet des valeurs morales la possession des avantages concrets, de la force temporelle et des moyens qui les procurent, et ont voué au mépris des hommes la poursuite des biens proprement spirituels, des valeurs non pratiques ou désintéressées» (o.c., Grasset, Parijs, 1927, p. 127).

⁸ Zie verder hierover: VAN GOETHEM, H., *Honderd jaar Vlaams rechtsleven 1885-1985*, Brussel, 1985.

is van een wensdroom van Vlaamse Juristen⁹ en van de omzetting van die wensdroom in de realiteit door een langdurig, diplomatisch, doch beginselvast gesprek tussen Nederlands-talige en Franstalige advocaten van de balie van Brussel. De door hen ontworpen tekst werd «ne varietur» goedgekeurd door de wetgever. Het noodlot wil dat er in dit land geen Franstalige tegenhanger bestaat van de Vlaamse Juristenvereniging, anders waren de communautaire problemen «de ce sacré pays» reeds lang opgelost.

Mag ik er bovendien aan herinneren dat onze Vlaamse Juristenvereniging ter gelegenheid van haar honderdjarig bestaan tal van zinnige voorstellen heeft geformuleerd in haar Manifest van 18 juni 1985 «Opgaven ter verbetering van de werking onzer instellingen in een democratische Rechtsstaat»¹⁰.

Van de 58 voorstellen werden er slechts twee sindsdien gerealiseerd: de – zij het beperkte – grondwettigheids-toetsing en de gedeeltelijke depolitisering van de benoemingen in de magistratuur.

We zouden dus kunnen volstaan met naar de overige 56 voorstellen te verwijzen!

Het is derhalve heel mooi te vragen: «Waar zitten nu eigenlijk de Vlaamse Juristen?», wanneer men de jongste jaren de meeste pogingen van onze kant om een constructieve bijdrage te leveren aan een zindelijke organisatie van de Belgische Staat, terzijde heeft gelegd.

Maar, waar zitten de Vlaamse Juristen?

Ik zei wel, met opzet, zindelijke organisatie van deze Staat, ons volk en onze natie.

Want – en dat is het derde niveau – men moet niet vragen aan Vlaamse Juristen om het zwarte konijn dat men uit de hoed tovert, opnieuw – ditmaal met een juridische hocus-pocus – wit te maken. Aan dit onzindelijk gedoe doen Vlaamse Juristen niet mee.

Indien men m.a.w. geen acht slaat op de – zij het gedempte – kreten van Cassandra, en indien men de meeste zinnige voorstellen onbeantwoord of zonder gevolg laat, dan moet men niet verwachten dat er nog één jurist – laat staan één Vlaamse jurist wordt gevonden om de gekste – wettelijk, grondwettelijk, internationaalrechtelijk – oplossingen juridisch toe te dekken. Juristen, überhaupt Vlaamse Juristen, zijn niet te koop. Vandaag niet, morgen niet.

Bakens voor de nabije toekomst

Het voorgaande neemt niet weg dat we toch een zoveelste poging zullen doen om enkele bakens te plaatsen voor een nabije toekomst.

⁹ Reeds op de eerste algemene vergadering van de Vlaamse Juristenvereniging van 27 maart 1965 werd de structuur van de balie te Brussel besproken op basis van een inleiding door mr. J. Van Waag.

¹⁰ Ter gelegenheid van het reeds geciteerde Manifest van 1985 waren wij erin geslaagd al wat naam had in de publiekrechtelijke wereld van Vlaanderen rond de tafel van onze V.J.V. te brengen om gemeld Manifest te redigeren. Een dergelijk experiment zal slechts worden herhaald, zo men weet dat de inspanning niet nodeloos zal worden geleverd. Ten overvloede kan ook nog verwezen worden naar het Memorandum ten behoeve van de formateur (29 februari 1988) en het Mechels manifest over de depolitisering van het openbaar ambt (1 juni 1991).

1. Laten we stoppen met de gemeenplaats dat we vandaag historische momenten beleven. Elk moment is zo historisch als men maar wil.

Hiermee wil ik uitdrukken dat de tijdsdruk niet voor de zoveelste maal een grondig doordachte en definitieve staats-hervorming onmogelijk mag maken.

Laten wij als dead-line de Europese verkiezingen van 1994 nemen en stellen dat we alsdan ook legislatieve verkiezingen organiseren én voor een federaal Parlement en voor Parlementen van Vlaanderen, Wallonië en de Duitstalige gemeenschap, alsook verkiezingen voor een paritaire Raad van Brussel, hoofdstad van Europa.

2. Herhaaldelijk hebben in de loop der jongste decennia de Vlaamse Juristenvereniging in het algemeen en individuele Vlaamse Juristen in het bijzonder hun stem verheven om aandacht te vragen voor een weldoordacht ontwerp van staats-hervorming, waarbij voorafgaand de vraag gesteld zou worden welk *model van staat* wij tot stand wensten te brengen. Op deze vraag is nooit enig antwoord gekomen. Wel integendeel, bij de aanvang van elke hervorming werden dictaten en ukases gebezigd teneinde het debat ten gronde in de kiem te smoren.

Derhalve komt het vrij utopisch en irrealistisch voor op dit ogenblik met een ontwerp of blauwdruk uit te pakken. Het ware wellicht meer «realpolitisch» indien men aan de levende krachten van de natie – politiek, economisch, sociaal, cultureel, juridisch – zou vragen welke ontwikkelingen zij aan het huidige staatsbestel willen geven en in welke soort staatsvorm zij aan het eind van de twintigste eeuw wensen te leven. Indien op deze vragen een duidelijk afgetekend antwoord zou komen, dan kan de redactie van een goed grondwettelijk ontwerp worden aangevat. Hiertoe staan de juristen ter beschikking.

Intussen zou hoe dan ook, op verzoek van de Vlaamse Executieve, een ontwerp van *Grondwet voor Vlaanderen* opgesteld kunnen worden. Misschien zou, indien dit ontwerp dank zij een snellere consensus spoedig wordt afgewerkt, een dergelijke tekst minstens gedeeltelijk model kunnen staan voor de nieuwe Belgische Grondwet.

En wie bij dit alles mocht denken dat het voorgaande alleen kan voortspruiten uit het brein van levensvreemde juristen, wil ik graag verwijzen naar het ontwerp «Verfassung des Freistaates Sachsen», dat in minder dan één jaar na de «Wiedervereinigung» ter tafel lag. Dit ontwerp werd eerst door de politieke meerderheidsfracties besproken en nadien grondig bijgewerkt door een Grondwetscommissie van deskundigen o.l.v. de bekende Tübinger hoogleraar Graf Vitzthum¹¹.

Juristen en politici

Er moet mij iets van het hart.

Juristen en politici hebben steeds overhoopgelegen met elkaar. Voor de juristen zijn politici onbekwame machtswellustelingen; voor politici zijn juristen vervelende betweters.

Nochtans hebben zij beiden met elkaar gemeen dat ze professioneel voor anderen optreden.

¹¹ Vermeldenswaard is het bestaan van een belangrijke etnische minderheid in Saksen, namelijk de Sorben.

Ik pleit voor een samenwerking – geen samensmelting – van juristen en politici en vooral voor een nieuwe politieke cultuur in Vlaanderen, want wij zullen een en ander broodnodig hebben in de komende jaren. Wij zullen bovenal behoefte hebben aan krachtige figuren die nog bereid worden gevonden om de «begeerte van het ambt» (Perikles) te koesteren nu de debilisering van het politieke landschap – zoals trouwens die van het radiolandschap – thans ook in Vlaanderen heeft bereikt.

Hoe kunnen het «overheersend-handelende» recht en de «getemde» politiek zich tot elkaar verhouden? We staan namelijk vandaag voor een gevecht om de gunst van de burger: juristen én politici vragen om erkenning en waardering.

Maar de tegenkrachten zijn bijzonder groot: de grote volkspartijen (de grote maatschappelijke stromingen) brokkelen af, hoewel zij een waarborg waren of moesten zijn voor het pluralisme, het compromis en de consensus, de kansen van de machtswisseling, het voortschrijden van de politiek in trial and error, een en ander in het blijvend besef dat de meerderheid *niet* de waarheid in pacht heeft en dat de waarheid de meerderheid niet kan negeren.

Het is gemakkelijk te pleiten voor een persoonlijke vrijheid buiten de wet, evenals het gemakkelijk is een wettelijk abstracte vrijheid op te leggen.

Het komt er daarentegen op aan de wettelijke vrijheid persoonlijk en de persoonlijke vrijheid wettelijk te maken. En hier moeten juristen en politici samenwerken.

Van juristen wordt niet verwacht dat zij de macht dienen; maar zij moeten wel begrip opbrengen voor een democratische politiek, voor interne verhoudingen en voor regelen ten behoeven van zwakken én sterken.

Van politici wordt verwacht dat zij het recht niet beschouwen als een lastige hindernis, of een alibi om niets te ondernemen, maar als een steunpilaar of minstens als een respectabele tegenspeler of liefst zelfs medespeler.

Ik pleit dus niet voor een versmelting van recht en politiek, maar voor een werkverdeling, een samenwerking en een loyale dialoog. Want van versmelting dromen alleen de politieke ambtenaren, de aparatchics, zoals ook de politieke partijen, die het protest van de onafhankelijke juridische

waarnemers willen overstemmen door het geschreeuw en de echo van de vele «gelijkgezinden».

Maar een gevaar bedreigt ook de juristen, die – mede door de onwil en het stilzwijgen van de gezagdragers – wel eens bekoord worden om via het recht politiek te gaan bedrijven: Lykurgos aan de rechterstoog.

En de Vlaamse Juristenvereniging ploegde voort

Wij zitten eigenlijk niet, d.w.z. wij zitten niet stil. En wij hebben noot stilgezeten.

Onze Vereniging heeft gedurende de 107 jaar van haar bestaan een eigen dynamiek ontwikkeld, dank zij de uitdaging van de problemen die haar blijvend hebben omringd en dank zij drie grote generaties Vlaamse Juristen, die het spoor hebben getrokken.

Wij zijn trots dat wij op het gebied van de creativiteit, de bewustwording en de mentaliteitsverandering in dit land én voor ons volk een belangrijke rol mochten en mogen vervullen.

Wij zijn trots dat wij vrank en vrij mogen blijven vechten voor het behoud van de Rechtsstaat, de volwaardigheid van de Nederlandse rechtscultuur, de «grandeur» van Vlaanderen en de maatschappelijke kracht van de juristen.

En aan het eind van een schitterend congres mogen wij naar huis terugkeren met het gelukkig gevoel dat wij nog heel wat recht moeten doen aan gelijkheid. Ons werk begint pas, in het besef dat wij gerechtvaardigde maatschappelijke verhoudingen moeten bewerkstelligen, waarbij de feitelijke gelijkheid een belangrijke rol speelt.

Mijn dank gaat naar de congresvoorzitter en zijn medewerkers, naar mijn bestuur, naar de rapporteurs, voorzitters en secretarissen; ten slotte naar alle Vlaamse Juristen die ons met hun gewaardeerde en talrijke aanwezigheid de steun hebben verleend, die wij behoeven om in lengte van jaren deze Vereniging, onze Vereniging verder moed en vindingrijkheid te geven.

Ik zeg U tot ziens, tot ziens vooral op ons 50e congres in 2022 te Gent.

Lange leve de Vlaamse Juristenvereniging!

VERSLAGEN*

SECTIE I

Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht

De voorzitter van de eerste sectie van het congres, prof. H. Bocken, opent de werkzaamheden door aan de preadviseur, prof. F. De Ly, en aan de respondent, prof. M. Bosmans, de gelegenheid te geven om respectievelijk het preadvies en de reactie erop, voor de toehoorders toe te lichten.

Prof. De Ly vestigt de nadruk op de internationale verdragen die een discriminatieverbod inhouden en waarvan het recentste het U.N.O.-Verdrag van 25 november 1991 is, betreffende de Rechten van het Kind, dat op 15 januari 1992 in werking is getreden en dat in art. 2 eveneens een discriminatieverbod bevat.

Prof. Bosmans vraagt de aandacht voor de zgn. «verkokering» van het contractenrecht en toetst het beginsel aan de toepassing voor de feitenrechter.

De voorzitter dankt daarna de sprekers voor hun heldere uiteenzettingen en verklaart de algemene discussie voor geopend. Hij stelt de vraag of de «verkokering» van het contractenrecht wenselijk en aanvaardbaar is of niet, en of er een signaal naar de wetgever moet worden gezonden. De voorzitter vraagt de vergadering of een afwijkend consumentenrecht wenselijk is op een ogenblik dat er meer en meer stemmen opgaan om te pleiten tegen een van het burgerlijk recht afwijkend handelsrecht.

Een deelnemer betreurt de verkokering van het contractenrecht en de versnippering van de bronnen die er het gevolg van is. Het recht wordt steeds ontoegankelijker voor de jurist. Het wordt dus totaal onoverzichtelijk voor de rechtzoekende.

De voorzitter vraagt nogmaals of men een apart consumentenrecht wenselijk acht.

De heer Roland Smet zegt dat het consumentenrecht uitgaat van de veronderstelling dat de consument altijd onmondig is en de handelaar steeds de sluwe vos. Volgens hem beantwoordt dit uitgangspunt niet aan de werkelijkheid: overal en in alle kringen zijn er haviken en duiven. Het consumentenrecht brengt een groot risico mee. Door aan de consument alle mogelijke rechten te geven stelt het hem in staat de gevolgen van zijn stommiteiten ongedaan te maken en is het voor hem geen stimulans tot een doordacht handelen. De heer Smet vraagt of men van oordeel is dat een zgn. economisch sterkere partij, bv. een verhuurder, altijd geacht moet worden alles te weten over de sociale en economische achtergrond van de wederpartij, bv. de huurder.

Prof. M.E. Storme voelt veel voor het standpunt van prof. Bosmans. Er is geen behoefte aan een apart consumentenrecht indien men bij het interpreteren van de algemene regels van het contractenrecht meer rekening zou gaan houden met het gelijkheidsbeginsel en met alle concrete elementen van de situatie van de partijen. Een argument voor de differentiatie tussen de consument en de handelaar,

wat de eerstgenoemde door de wet geboden bescherming betreft, is dat de handelaar, in tegenstelling tot de consument, zijn verliezen gemakkelijker kan afwentelen op anderen, bv. door ze door te rekenen in zijn prijzen.

Een deelnemer stelt de vraag of het begrip «consument» in alle bijzondere wetten op dezelfde wijze gedefinieerd is. Dit is niet in alle gevallen eenvormig omlind. Hij vraagt zich af hoe een algemeen geldende definitie van het begrip «consument» zou moeten luiden.

De voorzitter beaamt dat dit een zeer belangrijke vraag is.

Prof. De Ly meent dat dit een rechtspolitieke vraag is. De vraag is: willen we de consument apart beschermen, en hoe?

Advocaat Jos Vanneste vraagt of het gelijkheidsbeginsel in onze huidige maatschappij nog wel voorop staat en of het beginsel van de zelfverwezenlijking thans niet hoger staat aangeschreven. Is het niet veeleer «ieder voor zich» in plaats van «gelijkheid voor allen»?

De voorzitter stelt voor de bespreking van een volgend punt te beginnen: in welke gevallen is discriminatie (on)aanvaardbaar? Hij stelt voor hierbij zeer casuïstisch te werk te gaan. Mag men bijvoorbeeld weigeren met iemand een contract aan te gaan omdat hij weinig solvabel is of wat dat betreft weinig garanties biedt? of omdat hij een andere huidskleur heeft en tot een ander ras behoort? of omdat hij eigenaar is van huisdieren die, in het geval van een huurcontract, grote schade kunnen aanrichten?

Eerst komt de discriminatie op basis van het vermogen van de wederpartij aan de orde.

Prof. De Ly stelt dat men altijd zal moeten teruggrijpen op de criteria die in het publiekrecht worden gebruikt om uit te maken of een ongelijke behandeling aanvaardbaar geacht moet worden, en verwijst hierbij naar het preadvies van prof. Beirlaen en naar het antwoord daarop van prof. J. Gijssels (sectie VII: het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht). Het betreft de criteria inzake finaliteit, objectiviteit, algemeenheid, pertinentie, wettigheid en evenredigheid.

De voorzitter vraagt of een verkoper verplicht zal zijn een zaak te verkopen aan een koper die de prijs niet zal kunnen betalen. Het antwoord is neen, en niemand heeft er moeite mee om dit standpunt aan te nemen.

Prof. Bosmans betuigt zijn instemming.

De voorzitter herhaalt dat deze oplossing evident voorkomt.

Prof. M. Storme brengt de volgende casus onder de aandacht van de vergadering: een man wenst, om sentimentele redenen, een huis te verhuren aan de zoon van een vriend. Maar de zoon van de vriend ziet af van het contract. Hij stelt een andere huurder voor, een huurder waarmee de (toekomstige) verhuurder geen enkele sentimentele band heeft. Mag de verhuurder zijn aanvankelijke voorwaarden, opgesteld om sentimentele redenen, aanpassen en bijvoorbeeld een borgstelling eisen door de ouders van de nieuwe aspirant-huurder? Prof. M. Storme vraagt de mening van het panel.

* Het algemeen verslag door Y. Vanden Bosch verschijnt in nummer 2 van deze jaargang.

De voorzitter ziet geen probleem.

Prof. Bosmans heeft er geen moeite mee.

Volgens prof. De Ly staat men voor een geoorloofde differentiatie.

De voorzitter zegt dat het doel legitiem blijft. Er is de zorg voor het eigen vermogen, en dat is een relevant element.

De voorzitter brengt nu de discriminatie op grond van het ras ter sprake.

Prof. De Ly brengt een voorbeeld aan uit de Nederlandse rechtspraak. Bepaalde exploitanten van winkels die video-films en videoboxen verhuurden, eisten een hogere waarborg van de niet-blanke huurders dan van de blanke. Zij beweerden dat er bij niet-blanken een grotere kans bestond dat de verhuurde goederen niet werden teruggebracht.

De voorzitter vraagt of dit aanvaardbaar lijkt?

Prof. E. Dirix zegt dat dit niet aanvaardbaar is omdat daardoor de menselijke waardigheid wordt aangetast.

Prof. De Ly meent dat raciale differentiatie altijd ongeoorloofd is. De voorzitter zegt dat dit zo zal zijn op voorwaarde dat de raciale differentiatie het enige is.

Prof. E. Dirix meent dat de beheerders van bepaalde instellingen, zoals rusthuizen, wel het recht zouden hebben alleen personen toe te laten van een bepaalde godsdienstige overtuiging, bv. alleen calvinisten of alleen katholieken. Hij meent dat een vakantiekolonie aan zee kan besluiten alleen personen met een bepaalde politieke overtuiging toe te laten, bv. alleen socialisten. Maar een differentiatie op grond van het ras is voor hem strijdig met de menselijke waardigheid.

Prof. H. Vandenberghe neemt het voorbeeld van een verkoper die zou weigeren te verkopen aan mensen van een bepaald ras. Op welk belang zou de verkoper zich kunnen beroepen om zijn handelwijze te verantwoorden en op grond waarvan zou men zijn houding eventueel kunnen sanctioneren?

Prof. E. Dirix stelt dat discriminatie op grond van ras onfatsoenlijk is en strijdig is met art. 1382 B.W. Het tast in ieder geval de menselijke waardigheid aan.

Een deelnemer merkt op dat discriminatie op grond van het behoren tot een bepaald ras in verschillende verdragen wordt verboden.

De voorzitter benadrukt dat er voor dit geval een positief-rechtelijke regel bestaat.

Prof. De Ly beklemtoont dat zulks veronderstelt dat men de derdenwerking van de grondrechten als een verworven zaak aanvaardt, want de genoemde verdragen gelden alleen voor de verdragsluitende staten.

De voorzitter stelt voor nu het geval te bespreken van de huurder die bv. twee grote of twee kleine honden in het verhuurde goed brengen.

Prof. M. Storme vraagt of men een discriminatie tussen de verschillende soorten honden, grote en kleine, aanvaardbaar acht (er wordt gelachen).

De voorzitter vraagt onverstaanbaar of de discriminatie geoorloofd zou zijn, en eventueel volgens welk criterium. Mogen honden? Mogen katten? Is het van belang te weten of de verhuurder allergisch is voor honden en katten? Moet men een algemene stelling innemen of moet men het standpunt meer nuanceren?

Prof. De Ly zegt dat het hebben van honden of katten geen relevant feit is. Twee honden of twee kinderen, dat komt op hetzelfde neer. Zowel honden als kinderen kunnen

het gehuurde goed beschadigen. De vraag is niet relevant (de zaal mort zacht).

De voorzitter geeft uiting aan zijn verbazing.

Prof. De Ly stelt dat men het gelijkheidsbeginsel niet in gevaar mag brengen.

Prof. Bosmans merkt op dat kinderen, in tegenstelling tot honden, geen klauwen hebben. Kinderen brengen de verwachtingen op de goede uitvoering van de huurovereenkomst niet in gevaar; volgens hem is de weigering geoorloofd telkens als een gerechtvaardigde vrees bestaat bij de contractspartner dat de wederpartij een contractuele verbintenis niet zal (kunnen) nakomen, maar is de weigering niet geoorloofd in zoverre geen aanwijsbaar motief geput uit de contractuele verbintenis sfeer voorgebracht kan worden.

Prof. Bloembergen vraagt of iedere contractswegering verantwoord moet worden. Hij meent dat de vrijheid het beginsel is. Het geval van de videoboxen mag niet veralgemeend worden. Daarvoor kan men zich beroepen op een uitdrukkelijke wetsbepaling, namelijk een artikel uit de strafwet, om de gewraakte handelwijze te verbieden.

Prof. F. Vanistendael herinnert eraan dat de overheid beschikt over een graad van discretionaire beleidsvrijheid. Deze vrijheid moet ook gelden voor particulieren. Men moet zich zelfs afvragen of men voor particulieren even streng moet zijn als voor de overheid.

Het beginsel van de vrijheid wordt door de vergadering benadrukt.

Volgens prof. H. Vandenberghe geldt er een discriminatieverbod in het contractenrecht. Voor een gelijkheidsbeginsel dat ook voor particulieren zou gelden, vindt hij geen steun in het huidige rechtsbestel: dat is een zaak voor de politiek, voor de wetgever dus.

De voorzitter sluit zich hierbij aan, na de zaal gepolst te hebben.

Luc LAMINE
Docent K.U.Leuven

SECTIE II

Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en effectenrecht

De voorzitter, prof. P. De Vroede, heet iedereen welkom in de sectie vennootschapsrecht van het vijfendertigste rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging en stelt de preadviseur en de respondent aan het publiek voor. Vervolgens begint de zitting met een uiteenzetting van de krachtlijnen van het advies door de preadviseur.

De preadviseur wijst in haar mondelinge toelichting op de moeilijkheidsgraad van haar taak. Die vloeit voort uit het feit dat het gelijkheidsbeginsel in wezen een publiekrechtelijk begrip is, dat op een bijzondere wijze toegepast moet worden in privaatrechtelijke verhoudingen waarin de burgers elkaar normaal niet gelijk moeten behandelen. Zij verwijst vervolgens naar haar verslag (Laga, H., «Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en effectenrecht», *R.W.*, 1991-92, 1161), waarin uitvoeriger wordt uiteengezet dat de fatsoensnorm van art. 1382 B.W. of art. 1134 B.W., naargelang de situatie, de toepassing van het gelijkheidsbeginsel slechts vereist indien er sprake is van een machtsverhouding die gelijkijkt op de machtsverhouding «burger/overheid».

Het bestaan van machtsverhoudingen is volgens de preadviseur eigen aan het fenomeen «vennootschap». Dit verklaart, aldus de preadviseur, waarom reeds meerdere malen begrippen uit het bestuursrecht een plaats hebben gevonden in het vennootschapsrecht, zoals het begrip marginale toetsing of het begrip machtsafwending.

Ten slotte wijst de preadviseur erop dat in haar schriftelijk verslag twee hoofdthema's aan bod zijn gekomen.

Allereerst is er de vraag naar het bestaan van een materieel gelijkheidscriterium dat het mogelijk maakt te onderzoeken wanneer ongelijke behandeling van aandeelhouders gewettigd is. Dit criterium wordt gevonden in het *redelijkheidsbegrip* (finaliteitscriterium, evenredigheidscriterium) via een aangepaste interpretatie van het gelijkheidsbeginsel zoals het wordt toegepast in het bestuursrecht.

Ten tweede is er het probleem van de «externe werking» van het gelijkheidsbeginsel. Moet het bestuur van de vennootschap derden gelijk behandelen (verwijzing naar het vonnis van 26 oktober 1988 van de Rechtbank van Koophandel te Brussel in de zaak N.V. Société Générale des Minerais)? Bestaat er een verplichting van derden om alle aandeelhouders gelijk te behandelen? In verband met deze laatste vraag benadrukt de preadviseur dat het gelijkheidsbegrip in het vennootschapsrecht, zoals het door haar is ingevuld, nooit als gevolg kan hebben dat iemand die de controle van een vennootschap verwerft, gehouden is alle minderheidsaandeelhouders op dezelfde wijze te behandelen. Aldus is art. 41 van het K.B. 8 november 1989, dat juist zo een verplichting oplegt, niet de uitdrukking van het gelijkheidsbeginsel in het vennootschapsrecht, maar de uitdrukking van een bepaalde beleidskeuze van de wetgever.

De voorzitter dankt de preadviseur voor haar boeiend verslag, en onderstreept dat in dit verslag terecht de aandacht werd gevestigd op het feit dat het gelijkheidsbeginsel specifieke trekken vertoont in de toepassing ervan in het privaatrecht. Vervolgens verleent hij het woord aan de respondent.

Zonder aan het verslag van de preadviseur enige afbreuk te willen doen, verduidelijkt de respondent prof. H. Swennen, dat ook hij in zijn repliek op zoek is gegaan naar de grondslag van het gelijkheidsbeginsel in het vennootschapsrecht, en dat hij daarbij de zaken een beetje heeft willen «herschikken».

Indien men teruggaat in de geschiedenis, merkt men dat reeds zeer vroeg de formele gelijkheid van alle aandeelhouders wordt gevonden in de structuur van de vennootschaps-overeenkomst als een samenwerkingsovereenkomst die in «goede trouw» moet worden uitgevoerd. De materiële inhoud van dit gelijkheidsbegrip komt neer op een grotere plicht tot informatie en op de plicht dat geen enkele aandeelhouder «cavalier seul» kan spelen. In de wetgeving, die bepaalde vennootschapsvormen regelt, wordt de gelijkheid verder gespecificeerd: formele gelijkheid of ongelijkheid wordt gecreëerd met het oog op het efficiënt laten functioneren van de vennootschap in het economische leven (bv. de gelijkheidsregel van de beperkte aansprakelijkheid der aandeelhouders).

Vervolgens overloopt de respondent de verschillende aspecten van het gelijkheidsbeginsel. Daarbij maakt hij een onderscheid tussen de plicht tot gelijke behandeling van alle aandeelhouders in de persoon van de organen van de vennootschap, en de vraag of er een dusdanige plicht bestaat

in de persoon van de meerderheidsaandeelhouders *buiten* de algemene vergadering. Dit laatste is enkel het geval, aldus de respondent, indien de meerderheid de controle uitoefent op het bestuur en met het bestuur samenwerkt zodat de minderheidsaandeelhouders op de meerderheid vertrouwen m.b.t. de controle van het bestuur. Op de vraag of er een verplichting rust op derden tot gelijke behandeling van de aandeelhouders, suggereert de respondent dat in de contractsoverdracht misschien een reden gevonden kan worden om op de contractant nu reeds verplichtingen te leggen, die later toch op hem komen te liggen als meerderheidsaandeelhouder.

Ten slotte staat de respondent even stil bij de grondslag van art. 41 K.B. 8 november 1989. De grondslag is volgens hem gelegen in de economische efficiëntie. De regel poogt een gelijkheid tot stand te brengen tussen diegene die rechtstreeks investeert, en hem die een reeds bestaande onderneming overneemt. Bovendien is het, volgens de respondent, de uitdrukking van de keuze in het «prisoners dilemma» waarmee de aandeelhouders worden geconfronteerd.

De voorzitter beaamt de stelling van de respondent in die zin dat het goed is naar het verleden te kijken voor het vinden van oplossingen. Men vergeet maar al te vaak dat ook toen soortgelijke problemen zich hebben voorgedaan. Vervolgens geeft hij aan de aanwezigen in de zaal de mogelijkheid om vragen te stellen of opmerkingen te maken.

De heer M. Lambrechts merkt op dat de preadviseur in haar verslag kritiek had op de oplossing van de rechtbank in de zaak N.V. Société Générale des Minerais, maar dat die kritiek niet terugkwam in haar mondelinge uiteenzetting. Heeft zij ondertussen haar mening daarover gewijzigd?

De preadviseur antwoordt dat zij nog steeds de mening is toegedaan dat de beperkte werking van het gelijkheidsbeginsel de bestuurders niet verplicht rekening te houden met kandidaat kopers. Ook de respondent benadrukt dat in deze specifieke situatie het bestuur niet verplicht was tot gelijke behandeling van de aandeelhouders en de derden. De heer Lambrechts stelt daarbij de vraag of de stelling van de respondent in verband met het opleggen van verplichting op aspirant-aandeelhouders niet doorgetrokken moet worden in deze situatie.

De heer P. Cooreman merkt in verband met deze problematiek op dat het volgens hem ging om een gelijkheid van kansen en een gelijkheid van informatie. Een absolute gelijkheid tussen alle partijen is uiteraard onmogelijk, maar er moet wel naar gestreefd worden. Een gelijkheid van informatie is daar, aldus de heer Cooreman, onontbeerlijk voor. Zodoende had het bestuur zijn beslissing beter moeten motiveren, zodat een marginale toetsing op zijn beslissing mogelijk geweest zou zijn.

De heer J. Peeters heeft een probleem met de stelling van de preadviseur, nl. dat art. 41 K.B. 8 november 1989 geen uitdrukking is van een algemeen gelijkheidsbeginsel en derhalve een beperkt toepassingsgebied heeft. De Commissie voor het Bank en Financiewezen (hierna «CBF») daarentegen leek in haar praktijk in het algemeen aan te bevelen dat aandeelhouders gelijk behandeld moesten worden bij de verkoop van een meerderheidsparticipatie. Vervolgens merkt hij op dat, ook volgens de theorie van de respondent, het gelijkheidsbeginsel steeds een rol zal spelen bij de overdracht van een controleparticipatie, indien de meerderheid onder één hoedje speelt met het bestuur, en ongeacht het

feit of de vennootschap onder het wettelijk toepassingsgebied valt of niet.

Daarop neemt de respondent het woord. Volgens hem stelde de CBF in haar jaarverslag van 1978-1979 inderdaad dat de regel, nu vervat in art. 41 K.B. 8 november 1989, niet alleen speelde voor de vennootschappen die een openbaar beroep op het spaarwezen hebben gedaan, maar ook voor de besloten vennootschappen. Een rechtsvergelijkend onderzoek wijst erop dat het belangrijk is oog te hebben voor de wijze waarop de wetgever de positie van de minderheidsaandeelhouders regelt in de verscheidene vennootschapsvormen. In de V.S. wordt er zo van uitgegaan dat op de meerderheid in de vennootschap een vertrouwensfunctie rust. In het Duitse recht heeft de meerderheid niet die plicht omdat wettelijke regelingen een andere bescherming toekennen aan de minderheidsaandeelhouders.

De preadviseur blijft benadrukken dat, volgens haar, diegene die een beleidsbepalend pakket van aandelen koopt, niet bekommerd hoeft te zijn om de minderheid, tenzij de wet hem dat oplegt. De CBF heeft trouwens sterke kritiek gekregen op haar stelling, en de preadviseur heeft gepoogd voor die kritiek een grondslag te vinden. Het blijft dus zeer twijfelachtig of de gelijkheidsregel in dit geval een functie heeft te vervullen voor besloten vennootschappen die nog altijd het overgrote deel uitmaken van de Belgische vennootschappen.

De heer J.L. Duplat vraagt aan de preadviseur of haar stelling ook geldig is indien het gaat om een aandeelhouder van een bepaalde vennootschap die zijn controleparticipatie doorverkoopt aan een andere aandeelhouder van die vennootschap. Is deze aandeelhouder verplicht ook aan de aandeelhouders dezelfde prijs aan te bieden? De preadviseur antwoordt dat deze aandeelhouder niet bekommerd hoeft te zijn om de gelijkheid van de andere aandeelhouders, althans indien de bewuste vennootschap niet onder het toepassingsgebied van art. 41 K.B. van 8 november 1989 valt. Volgens haar zou een dergelijke algemene toepassing van de gelijkheidsregel te ver gaan.

Volgens de heer Peeters zou de «samenwerkingsovereenkomst» in dit geval worden geschonden. De respondent merkt daarbij op dat allereerst de Europese richtlijn i.v.m. dit onderwerp geen onderscheid maakt tussen derden en interne aandeelhouders. Vervolgens valt moeilijk in te zien hoe in een kleine onderneming een controlepakket kan worden gecedeerd zonder dat het bestuur daarbij wordt betrokken. Dan heeft men te maken met de plicht die rust op het bestuur om alle aandeelhouders gelijk te behandelen. Bovendien speelt de verplichting ook voor de meerderheid indien bij het doorgeven van de «huissleutel» de minderheid in een ander huis komt te zitten.

De heer K. Geens merkt bij dit alles op dat in verband met vennootschappen die geen publiek beroep op het spaarwezen hebben gedaan, het doctrinaire gezag van de CBF niet bestaande is aangezien de CBF over deze vennootschappen geen bevoegdheid heeft. Bovendien is de regel vervat in art. 41 K.B. 8 november 1989 gegroeid in de beursfeer. Het zou een spijtige zaak zijn, aldus de heer Geens, indien een soortgelijke regel zou worden ingevoerd in het vennootschapsrecht. Daarbij komt dat men de aandeelhouders, ook van een besloten vennootschap, niet als «contractanten» mag zien. Als zij dat al ooit geweest zijn, is het niet realistisch het voor te stellen alsof hun verhouding onderling

tijdens het bestaan van de vennootschap voortdurend als dusdanig kan worden gekwalificeerd. De heer Geens merkt ook op dat men bij de «grote» vennootschappen pooft de overdraagbaarheid van aandelen te bevorderen, een tendens die indruist tegen de stelling dat art. 41 K.B. 8 november 1989 de weergave is van een algemeen gelijkheidsbeginsel.

De heer L. Cooreman voegt daaraan toe dat men, als men intekent op aandelen, moet weten wat er gaande is in de vennootschap waarvan men lid wordt. Als men bewust minderheidsaandeelhouder wordt, zijn de regels van het spel duidelijk afgebakend, en kan men niet dulden dat achteraf de minderheidsaandeelhouders via allerlei algemene beginselen de meerderheid buiten spel zetten. Dit, aldus de heer Cooreman, zou leiden tot chaos in de vennootschap.

De respondent merkt op dat de vennootschap economisch geanalyseerd moet worden als een contract en dat het gelijkheidsbeginsel, in de regel, maar ter sprake komt bij de overdracht van controle, indien het gevolg daarvan een totale wijziging van het beleid is. In die situatie is het gevaarlijk een onderscheid te maken tussen grote en kleine vennootschappen, aldus de respondent.

Daarop repliceert de heer Geens dat de respondent gelijk heeft dat het gelijkheidsbeginsel kan spelen indien de controleoverdracht ertoe leidt dat de minderheidsaandeelhouders in een «ander huis» terecht komen. Maar dit geval wordt niet gevisieerd door art. 41 van het K.B. van 8 november 1989, aldus de heer Geens.

De heer M. Lambrechts dringt erop aan dat een onderscheid gemaakt wordt tussen een aandeelhouder-belegger, en een aandeelhouder die aan het beleid effectief wenst deel te nemen. Volgens de heer Lambrechts wordt de gelijke behandeling te gemakkelijk in verband gebracht met het vennootschappelijk belang, waardoor het onderscheid tussen die twee categorieën verloren dreigt te gaan. Dit mag niet gebeuren, ook al is de druk van de wetgever daartoe zeer groot.

De heer J.L. Duplat maakt een bedenking bij de regel dat alle belangrijke informatie onmiddellijk door de raad van bestuur van ter beurse genoteerde vennootschappen aan de markt meegedeeld moet worden (art. 4 K.B. 18 september 1990; vergelijk met de verplichting van openbaarmaking van jaarlijkse informatie, art. 5 van dit K.B.). Hij vraagt aan de preadviseur of deze regel de gelijkheid van de aandeelhouders tegenover potentiële investeerders niet in gedrang kan brengen?

De preadviseur merkt daarbij op dat, indien een vennootschap een publiek beroep doet op de spaarder, zowel de actuele als de toekomstige, het erg aannemelijk is dat iedereen, ook de toekomstige investeerders, op de hoogte gebracht worden van bepaalde als belangrijk beschouwde informatie, ook al wordt daardoor de bestaande aandeelhouder «benadeeld». De preadviseur vraagt zich echter af of dit iets te maken heeft met het gelijkheidsbeginsel. Daarbij lijkt volgens haar veeleer de bescherming van het beleggerspubliek op het spel te staan.

De heer J. Steyaert drukt zijn bezorgdheid uit omtrent het feit dat in de discussie de gewone vennootschap uit het oog wordt verloren. In de praktijk weet men dat te veel informatie het ondernemingsbelang kan schaden. Het belang van de onderneming en het belang van de aandeelhouder om informatie te verkrijgen lopen niet altijd gelijk. De preadviseur beaamt deze mogelijkheid. De respondent daarentegen ziet

geen tegenstrijdigheid tussen het belang van de onderneming en het belang van de aandeelhouders. De heer Steyaert herhaalt dat het gelijkheidsbeginsel niet mag worden doorgedrukt zonder rekening te houden met bepaalde andere belangen. Het komt vaak voor dat er tegenstrijdigheid bestaat tussen het belang van de onderneming en de informatieplicht naar alle aandeelhouders toe, dit onder meer indien een concurrent een aandeelhouderschap heeft verworven.

De voorzitter sluit de discussie af door het maken van een samenvatting van wat er is gezegd. Daarbij onderkent hij twee grote discussiepunten. Allereerst is men niet tot een eensgezind standpunt gekomen in verband met de mogelijke uitbreiding van het beperkte toepassingsgebied van art. 41 K.B. 8 november 1989. Voor sommigen is deze beperkte interpretatie een noodzakelijkheid, voor anderen is dit artikel de uitdrukking van een algemeen geldend beginsel. Deze laatste stelling impliceert de stelling van de respondent dat het gelijkheidsbeginsel in het vennootschapsrecht gebaseerd is op de vennootschap als samenwerkingsovereenkomst.

Ten tweede is er geen eensgezindheid betreffende een mogelijke eenheid tussen het aandeelhoudersbelang en het ondernemingsbelang. Volgens de practici in de zaal is het in ieder geval duidelijk dat de theoretici aandacht moeten opbrengen voor de economische realiteit en zich niet mogen vastpinnen op algemene beginselen: het doortrekken van het gelijkheidsbeginsel tot alle facetten van het vennootschapsleven is een delicate aangelegenheid, waarvan men niet juist weet hoever men kan of moet gaan, aldus de voorzitter.

Deze conclusie wordt door de zaal met instemmend handgeklap goedgekeurd.

Bart SERVAES

Assistent Afd. Economische Recht (K.U.Leuven)

SECTIE III

Het gelijkheidsbeginsel in het strafrecht

Ter inleiding van de besprekingen van de sectie strafrecht vatte de preadviseur, prof. C. Van den Wyngaert, de krachtlijnen samen van haar preadvies. Nadat het gelijkheidsbeginsel in het strafrecht gedurende lange jaren een «slapend bestaan» heeft geleid, is daar sedert de laatste grondwetsherzieningen verandering in gekomen en heeft de problematiek een grote actualiteitswaarde gekregen, wat meteen wijst op het belang van de behandelde materie.

Na een overzicht van de voornaamste nationale en internationale bronnen van het gelijkheidsbeginsel stelt zij vast dat in het strafrecht schendingen zich concreet kunnen voordoen, hetzij via feitelijke handelingen (bv. willekeurige schendingen van grondwettelijk gewaarborgde rechten), hetzij via rechtshandelingen (normatieve, bestuurlijke of jurisdictionele). De discussie omtrent deze laatste mogelijkheid is het scherpst in die gebieden waar sprake is van (de mogelijkheid tot) een beleid, met name waar de overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikt bij de totstandkoming van haar beslissingen. Aandacht dient daarbij voornamelijk te worden besteed aan het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie, aan het straftoemetsingsbeleid van de strafrechter en aan het strafuitvoeringsbeleid. In haar preadvies geeft prof. Van den Wyngaert een overzicht van (potentiële) probleemsectoren in de straf(proces)rechtelijke

sfeer: het recht op een eerlijk proces en de (on)gelijke behandeling van de procespartijen in dit verband; de beleidsbeslissingen door openbaar ministerie, strafrechter en strafuitvoeringsorganen; de speciale stelsels (minderjarigen, geestesgestoorden, magistraten en militairen).

In verband met het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie, een thema dat de preadviseur – gezien de actualiteit ervan – speciaal onder de aandacht van de vergadering wenst te brengen, worden twee vragen naar voren geschoven: in welke mate is het gelijkheidsbeginsel toepasbaar t.a.v. het vervolgingsbeleid (en meer concreet t.a.v. het sepotbeleid) en, zo ja, op welke wijze kan de toepassing van dit beginsel in een concreet geval worden getoetst.

De eerste vraag moet, naar de mening van de auteur, positief beantwoord worden: afwijkingen van de regel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, moeten gerechtvaardigd zijn, m.a.w. objectief, legitiem en proportioneel. Het probleem rijst vooral bij het vereiste van de objectiviteit wegens het ontbreken van algemene criteria en minstens wegens de niet-openbaarheid van de richtlijnen in dat verband. Hierdoor is toetsing aan de legitimiteitsvoorwaarde en de proportionaliteitsvoorwaarde onmogelijk.

Ook wat de concrete modaliteiten betreft, neemt de preadviseur een duidelijk standpunt in. Hoewel toetsing aan het gelijkheidsbeginsel van een beslissing te vervolgen in de huidige stand van zaken niet mogelijk is – nog los van de specifieke problematiek m.b.t. beslissingen van niet-vervolg – , lijkt er geen bezwaar te zijn tegen een rechterlijke toetsing in de gevallen waarin de beklagde opwerpt dat hij op willekeurige wijze wordt vervolgd. Voorwaarde daartoe is echter dat objectieve regels m.b.t. het vervolgingsbeleid worden opgesteld en openbaar gemaakt waarbij de preadviseur in het midden wenste te laten door wie – openbaar ministerie zelf, parlement, minister van Justitie, een op te richten commissariaat-generaal voor de criminele politiek – deze beleidsregels zouden moeten worden uitgewerkt.

Tot slot legde zij er de nadruk op dat de rechterlijke toetsing m.b.t. het gelijkheidsbeginsel steeds een marginale toetsing zal zijn in die zin dat slechts ongelijkheden die kennelijk disproportioneel zijn, kunnen en zullen als discriminaties worden beschouwd. De rechtscolleges zullen zich dus steeds terughoudend moeten opstellen wanneer zij zich uit te spreken hebben. Anders, dixit de preadviseur, «ware het beeld van Doornroosje misschien meer gepast dan dat van de schone slaapster in het bos».

De respondent, advocaat J. Scheers, ging in zijn repliek voornamelijk in op de vraag op welke wijze door de verdediging, tijdens het strafproces, de uitoefening van het gelijkheidsbeginsel wordt ervaren. Daarbij maakte hij onderscheid tussen de verschillende fasen van het strafproces (in ruime zin): tijdens het vooronderzoek, op de terechtzitting en ter gelegenheid van de strafuitvoering.

Hij stelt vast dat tijdens het vooronderzoek, wegens het geheim en niet-contradictoir karakter ervan, zowel de verdachte als de burgerlijke partij in belangrijke mate afhankelijk zijn van de goodwill van parket en onderzoeksrechter. Een nauwere samenwerking tussen magistratuur en advocatuur en een meer «open» systeem van onderzoek zou volgens hem leiden tot een beter vervolgingsbeleid en een snellere en objectievere afhandeling van de strafdossiers.

Ook op de terechtzitting ontwaart hij elementen van een ongelijke behandeling van de procespartijen. Sommige rech-

ters hebben de neiging (wegens de overvloed aan zaken?) de bewijselementen die verzameld zijn tijdens het vooronderzoek, blindelings over te nemen zonder enige kritische ingesteldheid. Het gelijkheidsbeginsel wordt ook geschonden door het feit dat veelal aan de stelling van de vervolgende partij meer geloofwaardigheid wordt gehecht dan aan die van de verdachte. Zelfs de lokalisering van de protagonisten op de zitting, zeker voor het hof van assisen, speelt volgens hem een niet te onderschatten rol: «Door de opstelling ter zitting vertrekt de verdediging vaak vanuit een negatieve positie.» Gewezen wordt ook op de soms ronduit negatieve rol van de pers, die meestal voor haar informatie slechts kan terugvallen op het openbaar ministerie.

Ten slotte komt, aldus de respondent, het gelijkheidsbeginsel sterk in het gedrang tijdens de uitvoeringsfase, tijdens welke de advocaat wordt geconfronteerd met richtlijnen waarvan de inhoud slechts aan de administratie bekend is, i.v.m. de voorwaardelijke invrijheidstelling, de adviezen inzake gratieverlening en de uitwijzing van vreemdelingen.

De respondent besluit met te stellen dat de vraag naar de gelijkheid tussen partijen op dat ogenblik gekenmerkt wordt door enig «wishful thinking». Wanneer aan de verdediging wordt gevraagd de rol te spelen van loyale medewerker van het gerecht, is zij daar zeker toe bereid en verkeert zij bovendien in een goede positie, maar kan dit slechts ten volle gebeuren wanneer de gelijkheid van alle betrokken partijen fundamenteel wordt gewaarborgd.

De voorzitter van de sectie, prof. J. D'Haenens, opent de discussie en stelt voor ze toe te spitsen op het cruciale vraagstuk van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in verband met het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie. Verwijzend naar de titel van het preadvies stelt hij de ietwat provocatieve vraag of het niet goed zou zijn dat de schone slaapster blijft slapen. In de daaropvolgende besprekingen komen er een vijftal thema's aan bod, die we hierna kort overlopen.

Een deelnemer wijst er onmiddellijk op dat de problematiek van het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie mede bepaald wordt door het verbaliseringsbeleid van de politie. In dit verband is het belangrijk vast te stellen dat er, vooraleer er nog maar sprake kan zijn van een vervolgingsbeslissing, tijdens de politionele fase soms op vrij willekeurige wijze onmiskenbaar reeds feitelijke «sepotbeslissingen» worden genomen, waardoor zelfs de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie in het gedrang kan komen. Bovendien wordt in bepaalde arrondissementen manifest gezocht naar technieken om de beslissing van het openbaar ministerie te ontwijken (cf. het systeem van de betaalbonnen inzake parkeerovertradingen). Zonder de noodzaak van een zekere discretionaire bevoegdheid van de politie te ontkennen, rijst daarbij de vraag of het beleid van het parket daarvoor niet in zekere zin «besmet» wordt tijdens deze voorafgaande politionele fase.

Andere deelnemers gaan in op de rol van de verschillende deelnemers aan het strafproces, met name op de verantwoordelijkheden van het openbaar ministerie, de rechter en de advocaat.

Naast zijn verantwoordelijkheid m.b.t. de vervolgingsbeslissing draagt de parketmagistraat ook de uiteindelijke verantwoordelijkheid om op de terechtzitting, ter gelegenheid van het eindonderzoek, de schuld te bewijzen van de verdachte aan de feiten waarvoor het openbaar ministerie hem

voor de rechtbank heeft gedaagd. Ook in dit verband zijn sommige beslissingen van niet-vervolgving verklaarbaar. Bovendien dient erop te worden gewezen, aldus de preadviseur, dat men niet alle (al dan niet beweerde) schendingen van het recht van verdediging mag verwarren met schendingen van het gelijkheidsbeginsel. In een aantal gevallen zijn vormen van ongelijkheid in het kader van het vervolgingsbeleid volkomen verantwoord. Vraag is alleen of het verschil in optreden voldoende proportioneel is en of het beleid van het parket niet op bepaalde punten bijgestuurd moet worden.

Een andere deelnemer wijst in dit verband op het feit dat het parket, wanneer het beslist te vervolgen, inderdaad blijk moet geven van een zorgvuldig beheer omdat de rechter, wanneer hij discriminatie in het vervolgingsbeleid zou vaststellen, kan besluiten tot vrijspraak of zelfs tot onontvankelijkheid van de strafvordering. M.b.t. de rol van de rechter in concrete strafdossiers wordt echter opgemerkt dat men hierbij rekening moet houden met de concrete, dagdagelijkse, realiteit waarin (politie)rechters soms 40 à 50 zaken per zitting dienen te «verwerken». Daarbij is het onvermijdelijk dat zij genoodzaakt zijn vertrouwen te schenken aan het werk van de parketmagistraat en zich voornamelijk te baseren op het dossier.

Deze laatste vaststelling wijst meteen ook op de uiterst belangrijke taak van de advocaat «die met één opmerking de rechter ertoe kan brengen over te gaan tot een tweede lezing van het dossier». In dit verband wordt door meerdere deelnemers ook gewezen op het belang van de constitutionele motiveringsverplichting, waarop streng wordt toegezien door het Hof van Cassatie. Vertegenwoordigers van de advocatuur klagen erover dat het parket het blijkbaar niet steeds nodig acht om de dossiers die het ter zitting aanbrengt, «te verdedigen», noch ten gronde, noch bv. inzake voorlopige hechtenis, maar er zich toe beperkt de toepassing van de strafwet te vragen. De verplichte motivering zou echter het steunpunt en de reddingsboei van de procespartijen moeten zijn. De advocaat heeft dan echter ook de verantwoordelijkheid om, door het indienen van conclusies, die motivering uit te lokken.

Aldus kwam de vergadering tot de kernvraag, nl. of het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie — dat ook nu reeds gestuurd wordt door richtlijnen, o.m. van het parket-generaal — niet geïnstitutionaliseerd moet worden.

Tegenstanders van deze mogelijke evolutie wijzen op diverse bezwaren. Leidt een institutionalisering niet naar de ontmanteling van een essentiële functie van het openbaar ministerie. Creëert men door het vastleggen van de criteria voor het vervolgingsbeleid geen vormen van pseudo-wetgeving, wat het gevaar inhoudt dat de Raad van State of het Arbitragehof vrij systematisch verplicht zouden worden het beleid van het openbaar ministerie te toetsen. Zal dit trouwens niet leiden tot enorme vertragingen in de afwikkeling van strafzaken, terwijl meer en meer de idee van snelrecht veld wint.

Anderzijds wordt erop gewezen dat het voor de verdediging toch mogelijk zou moeten zijn om, minstens voor de gewone rechtbanken, te verwijzen naar de richtlijnen waardoor het openbaar ministerie geacht wordt zich te laten leiden. Het wordt als een anomalie aangevoeld dat noch de verdediging van de verdachte noch de burgerlijke partij enig

zicht hebben op de beleidsinstructies die gehanteerd worden bij het uitstippelen van het vervolgingsbeleid.

Een belangrijke vraag bij dit alles is uiteraard op welke gronden een toetsing van het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie gebaseerd zou kunnen worden. Verwezen wordt in dit verband naar de stelling van het Hof van Cassatie, weliswaar i.v.m. in een zaak van Stedebouw, namelijk i.v.m. de beslissing omtrent de wettelijk bepaalde herstelmaatregelen geregeld door art. 65 Wet Ruimtelijke Ordening en Stedebouw, waarbij het Hof oordeelt dat het behoort tot de bevoegdheid van de rechter om de wettigheid van de beslissing van de bestuurlijke overheid te toetsen. Deze wettigheidstoetsing sluit een onderzoek van een aangevoerde onevenredigheid niet uit, maar deze kan slechts afgeleid worden uit andere elementen dan die welke tot de uitsluitende bevoegdheid van het gemachtigd bestuur behoren (Cass., 18 april 1985, *A.C.*, 1984-85, 1106). Met andere woorden en toegepast op de strafvordering zou dit betekenen dat de (straf)rechter niet rechtstreeks kan overgaan tot een toetsing van de opportuniteit van een vervolgingsbeslissing maar dat hij steeds gerechtigd is de wettigheid van de beslissing te onderzoeken waarbij hij rekening moet houden met de eis van evenredigheid.

Tot slot van de discussie wordt door meerdere deelnemers gewezen op enkele belangrijke principiële bezwaren tegen de institutionalisering van het vervolgingsbeleid. Twee aspecten worden daarbij voornamelijk benadrukt.

Door een verplichte eenvormigheid in de beslissingen van het openbaar ministerie zou de mogelijkheid tot individualisering in het beleid verdwijnen, terwijl deze mogelijke differentiatie nu juist een enorme rijkdom betekent. Men mag hierbij de verbeeldingskracht van de parketmagistraten niet onderschatten. Zou het goed zijn, vraagt een deelnemer zich af, dat men evolueert naar een eenvormig strafbeleid, onder toezicht en zelfs dwang van de uitvoerende macht?

Betekent deze evolutie uiteindelijk niet dat het openbaar ministerie zijn fundamentele onafhankelijkheid zou verliezen waardoor dit orgaan onder invloed en druk zou komen te staan van een politiek beleid, dat bovendien voortdurend aan verandering onderhevig is. De vraag blijft of daardoor de principes die de rechtsstaat beheersen, niet op de helling komen te staan.

F. HUTSEBAUT

SECTIE IV

Het gelijkheidsbeginsel in het Belgische internationaal huwelijks-, echtscheidings- en afstammingsrecht

Na een korte inleiding en voorstelling van de preadviseur, prof. A. Heyvaert, en de respondent, mevrouw M.C.I. Foblets, geeft de voorzitter van de vierde sectie van het congres, de heer G. Rommel, het woord aan de preadviseur.

Prof. A. Heyvaert wijst op de twee delen van zijn uiteenzetting. In deel één wordt in 't algemeen het gelijkheidsbeginsel in privaatrechtelijke normen en in het I.P.R. geschetst, terwijl in het tweede deel het gelijkheidsbeginsel in het Belgische conflictenrecht betreffende het huwelijk, de echtscheiding en de afstamming wordt geïllustreerd.

Volgens de preadviseur kan men met het begrip «gelijkheid» op alle mogelijke wijzen spelen. Het begrip gelijkheid betekent dat gelijke situaties niet ongelijk mogen uitvallen. De wet verzet zich niet tegen ongelijkheid bij ongelijke si-

tuaties. De eerste bedenking die prof. Heyvaert daarbij geeft, is dat alle situaties uniek zijn. Er heeft een selectie van elementen plaats. Enerzijds worden bepaalde elementen als relevant beschouwd om de gelijkheid vast te leggen terwijl anderzijds een hele reeks andere elementen niet als relevant worden aangemerkt om ze niet toe te staan een ongelijkheid te creëren. In die zin wordt bijvoorbeeld de sociale positie in de maatschappij niet als relevant beschouwd. Prof. Heyvaert merkt op dat een «vreemd» element in de persoonlijke situatie principieel wel ongelijk maakt en bepalend is om een ongelijkheid vast te leggen. In die situatie moeten andere normen worden toegepast, of m.a.w. men moet werken met het internationaal privaatrecht. In wezen strekt het I.P.R. ertoe de ongelijke behandeling van de ongelijke situatie te waarborgen.

In een eerste stadium komt het gelijkheidsbeginsel aan bod door in de oplossing van een I.P.R.-probleem te komen tot de aanwijzing van één intern materieel recht. In het feit dat het recht van onverschillig welk land kan worden aangewezen, ligt een volkenrechtelijke regel verrat, namelijk de gelijkwaardigheid van de rechtssystemen. In een tweede stadium komt het gelijkheidsbeginsel ter sprake in de formulering en structurering van de verwijzingsregel. In een derde stadium heeft het gelijkheidsbeginsel in het I.P.R. belang bij de controle van het toepasselijke materiële recht.

In het tweede deel toont professor Heyvaert ter inleiding aan hoe relatief het gelijkheidsbeginsel is in de wet. Volgens hem werkt het gelijkheidsbeginsel op twee niveaus, enerzijds in de verwijzingsregel en anderzijds in de verbreking van de verwijzingsregels door de oplegging van materieelrechtelijke gelijkheid.

Op het niveau van het verwijzingsrecht is het relevant criterium des onderscheids voor de categorie staat en bekwaamheid de nationaliteit. De formele gelijkheid, voor elk een zijn nationale wet, wordt gerealiseerd door een materiële ongelijkheid te realiseren daar het intern materiële recht van de onderscheiden staten vergaande verschillen kan vertonen aangaande de materie van staat en bekwaamheid.

Het streven naar gelijkheid geeft geen probleem als een persoon als individu wordt beschouwd en niet in relatie. Als een persoon in relatie treedt, dan kan een confrontatie van verschillende nationale wetten plaatshebben en moet naar een oplossing worden gezocht. De mogelijke oplossingen zijn ofwel de cumulatieve ofwel de alternatieve ofwel de distributieve aanknopingsregel.

De oplossing in het huwelijksvermogensrecht was een keuze als verwijzingsregel van de nationale wet van de man. Tegen deze regel rezen bezwaren rond de jaren 50 wegens het gelijkheidsbeginsel. Bij de wet van 30 april 1958 werd de principiële gelijkheid van man en vrouw ingevoerd. De verwijzingsregel op zichzelf discrimineerde niet, daar het voor de vrouw beter geweest zou kunnen zijn onderworpen te worden aan het recht van haar echtgenoot dan onder haar eigen recht. De bezwaren geven uiting van de vaststelling dat het belangrijk wordt geacht in het oog van de gelijkheid dat «zijn» nationale wet wordt toegepast.

Met het oog op de gelijkheid inzake geslacht, is men gekomen tot een andere aanknopingsfactor dan de nationaliteit. Inzake het persoonlijk huwelijksstatuut geldt als factor de laatste gemeenschappelijke woonplaats van de echtgeno-

ten, terwijl inzake huwelijksvermogensstatuut de eerste gemeenschappelijke woonplaats als factor fungeert.

Het Belgische conflictenrecht inzake internationale echtscheidingen, zoals bepaald in de wet Rolin van 27 juni 1960, bevat verschillende ongelijkheden. De Belgische wet was een reactie op de zaak Rossi waarbij door de cumulatieve toepasselijkheid van beide nationale wetten een ongelijkheid werd gecreëerd voor Belgische vrouwen afhankelijk van de nationale wet van hun echtgenoot de echtscheiding. Maar de wet Rolin zelf schept ongelijkheid.

Ten eerste wordt een ongelijkheid gecreëerd inzake echtscheidingsmogelijkheden naargelang een vreemdeling gehuwd is met een Belg of een vreemdeling. Indien een vreemdeling gehuwd is met een Belg, dan heeft die vreemdeling toegang tot alle echtscheidingsvormen die de Belgische wet kent. Als hij evenwel is gehuwd met een andere vreemdeling, dan krijgt de nationaliteit van die mede-echtgenoot wel betekenis inzake de toelaatbaarheid van de echtscheidingsvormen. In die zin is de echtscheiding door onderlinge toestemming niet mogelijk, gezien de negatieve cumulatieve toepassing van de beide nationale wetten, als de nationale wet van de vreemde echtgenoot een echtscheiding door onderlinge toestemming niet kent.

Ten tweede bestaat er ook een ongelijkheid inzake echtscheidingsmogelijkheden tussen vreemde echtgenoten op grond van de eigen nationaliteit van de betrokken echtgenoot. Artikel 1 van de Wet Rolin bepaalt dat, als de nationale wet van de eiser zich tegen de echtscheiding verzet, de echtscheiding op grond van bepaalde feiten niet is toegestaan. Zo kan bijvoorbeeld een Ier gehuwd met een niet-Belg in België niet als eiser optreden. De Belgische wet van 1960 genereert aldus een huwelijk waarvan de ontbinding door de echtscheiding slechts door één van de echtgenoten kan worden gevorderd, terwijl wij ons verzetten tegen rechtssystemen die een ongelijkheid creëren door enkel aan de man het recht te geven tot het verbreken van de huwelijksband.

Ten derde ligt de grootste onlogica in artikel 3 van de Wet Rolin namelijk in de verhouding tussen de echtscheidingsgronden en huwelijksrechten en verplichtingen. De gronden worden altijd bepaald door het Belgische recht onafhankelijk van de nationaliteit van de echtgenoten terwijl het huwelijksrecht beheerst wordt door de personele wet.

Inzake het afstammingsrecht rijst de vraag of het gelijkheidsbeginsel verenigbaar is met het hebben van een verschillende verwijzingsregel voor personen geboren binnen of buiten het huwelijk.

Er kan worden opgemerkt dat de toepassing van een verschillende verwijzingsregel geen materieelrechtelijke discriminatie impliceert. Het kan voor een natuurlijk kind beter zijn onder een andere verwijzingsregel te vallen dan die van toepassing op huwelijkse kinderen.

We moeten rekening houden met de ontwikkeling van ons recht sinds het Marckx-arrest en de wetswijziging door de wet van 31 maart 1987. Enerzijds kennen wij maar één afstammingsstatuut. Het afstammingsrecht is gedematrimonialiseerd. Het huwelijk heeft enkel als functie te leiden tot een wettelijk vermoeden. Anderzijds is het afstammingsrecht geïndividualiseerd. Het wettelijk vermoeden van vaderschap kan weerlegd worden. Het is mogelijk dat het kind niet wordt opgenomen in de familie van de echtgenoot van de moeder maar in de familie van een andere man.

De afstamming is veel dichter komen te staan bij de werkelijke afstamming.

Er kan volgens professor Heyvaert eveneens gesteld worden dat het belang van het kind, zoals beslist in het arrest van het Hof van Cassatie van 20 maart 1941, beheerst wordt door zijn nationale wet. Er is geen reden om aan te nemen dat de belangen van het kind beter behartigd zouden zijn door de nationale wet van het kind dan door de nationale wet van de ouder. Men zou moeten komen tot één verwijzingsregel inzake afstamming, namelijk de nationale wet van het kind. Het is namelijk vreemd dat er in het internationaal privaatrecht verwijzingscategorieën zijn die niet bekend zijn in het interne materiële recht, namelijk de natuurlijke afstamming en de wettige afstamming.

Na een algemene schets van het gelijkheidsbeginsel in het huwelijks-, echtscheidings- en afstammingsrecht, gaat de uiteenzetting van professor Heyvaert over de doorbreking van de formele gelijkheid t.a.v. de verwijzingsregels door de oplegging van materieelrechtelijke gelijkheid. De doorbreking uit zich op drie wijzen.

Ten eerste wordt het I.P.R., namelijk de uitwerking van de verwijzingsregels, achterhaald door de gelijkheid t.a.v. de mensenrechten. De mensenrechten zijn universeel en gelden voor iedere mens onafhankelijk van zijn nationaliteit. Dit wil zeggen dat de mensenrechten zowel aan Belgen als aan vreemdelingen toekomen. Bij het toekennen van de mensenrechten speelt het aspect «vreemd zijn» niet, terwijl dat aspect de basis uitmaakt van het I.P.R. en een ongelijke behandeling rechtvaardigt. Het I.P.R. wordt door de mensenrechten principieel opzij gezet. Het is evenwel vereist dat de mensenrechten worden geconcretiseerd in materieel subjectieve rechten. In zijn arrest van 13 juni 1979 in zake Marckx/Belgische Staat heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beslist dat artikel 8, lid 1, E.V.R.M., waarbij o.m. het recht op eerbiediging van het familieleven aan een ieder wordt toegekend, het subjectief recht inhoudt voor de vrouw en voor haar kind om met elkaar in een afstammingsrelatie te staan. Dit betekent dat, wat betreft het bestaan van de moederlijke afstamming, het I.P.R. buiten werking wordt gesteld op grond van de verplichte materieelrechtelijke gelijkheid.

Ten tweede wordt de uitwerking van het I.P.R. getemperd door de oplegging van interne materieelrechtelijke gelijkheid. De invulling en de concretisering van bepaalde verhoudingen en relaties worden overgelaten aan de materieelrechtelijke normen van de nationale rechtsorden. De conflictenregels van het I.P.R. kunnen aanleiding geven tot de toepassing van onderling ongelijke materieelrechtelijke normen. Volgens professor Heyvaert moet het door de conflictenregel aangewezen nationale materiële recht dat toch een ongelijkheid zou inhouden, wegens het gelijkheidsbeginsel, gecorrigeerd worden. De conflictenregel zou geen volledige uitwerking mogen krijgen. Professor Heyvaert verduidelijkt zijn standpunt aan de hand van twee voorbeelden. Het eerste voorbeeld betreft de afstammingsrelatie. Hoewel het voornoemd Marckx-arrest een principiële gelijkheid stelt, geeft het geen duidelijk antwoord op de vraag welke subjectieve rechten het bestaan van een afstammingsrelatie moet inhouden. Het gelijkheidsbeginsel eist evenwel dat, binnen een bepaalde rechtsorde, alle kinderen en ouders dezelfde afstammingsrechten en plichten hebben. Als de conflictenregel zou leiden tot een recht dat verschillende erf-

rechten toekent aan wettige en natuurlijke kinderen, dan zou die conflictenregel geweerd moeten worden ondanks het feit dat het erfrecht geen mensenrecht is. Het tweede voorbeeld ligt in het vlak van de verhouding tussen echtgenoten. Artikel 23, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten van 19 december 1966 bepaalt onder meer dat de staten die partij zijn bij dit verdrag, passende maatregelen dienen te nemen ter verzekering van de gelijke rechten en verantwoordelijkheden van de echtgenoten wat het huwelijk betreft tijdens het huwelijk en bij de ontbinding ervan. Ook hier vindt men geen omschrijving van die rechten en plichten. Maar indien onze rechtsorde wordt geconfronteerd met een huwelijks- of echtscheidingsrecht dat een ongelijkheid tussen echtgenoten inhoudt, dan moet corrigerend naar gelijkheid toe worden opgetreden.

Ten derde wordt de door de conflictenregel opgelegde materieelrechtelijke ongelijkheid getemperd door de Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde, wanneer de krachtens de conflictenregel toepasselijke vreemde materieelrechtelijke normen een schending inhouden van de gelijkheidsregel.

Als slotbeschouwing stelt professor Heyvaert dat het I.P.R. inzake personen- en familierecht zich enerzijds principieel opent voor cultuurpluralisme, maar anderzijds sterke remmen bevat tegen dat pluralisme. Een voorbeeld daarvan is de oplegging van de gelijkheid t.a.v. de mensenrechten. Professor Heyvaert stelt dan ook de vraag of de strijd voor de gelijkheid t.a.v. de mensenrechten, die een uitdrukking vormen van de noord-westerse cultuur en waarvoor het cultuurpluralisme van het I.P.R. moet wijken, geen cultuur-imperialistische strijd inhoudt. De westerse cultuur wordt opgedrongen via de mensenrechten. Indien ooit een grotere sociale gelijkheid zal worden bereikt, dan zal dit zeker niet 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.

Na de uiteenzetting door professor Heyvaert wordt door de voorzitter het woord gegeven aan mevrouw M.Cl. Foblets. Mevrouw Foblets uiteenzetting handelt over de ongelijkheid ten gevolge van een sociale-culturele omstandigheid.

Ter inleiding vertolkt mevrouw Foblets de stelling die professor Heyvaert in 1982 in zijn bijdrage «De grenzen van de gezinsautonomie in de internationale orde in België» (*R.W.*, 1981-82, 2221-2242) verdedigde, namelijk dat de specifieke structuur van het I.P.R., dat zich in de regel verzet tegen de gedachte dat ongelijke behandeling van buitenlanders die zich in België hebben gevestigd, hun rechtspositie zou ondergraven en dus ongeoorloofde discriminatie zou betekenen, in haar toepassing door onze Belgische rechtbanken alvast niet resulteert in een behandeling op grond van gelijkheidwaardigheid. In casu beperkt de analyse zich tot de gezinsmodellen.

De onderliggende vraag is van wetgevingstheoretische aard. Is het wel dan niet de functie, en indien ja, hoe efficiënt, van de verwijzingsregel met betrekking tot het formele gelijkheidsbeginsel dat zoveel mogelijk niet-geoorloofde materieelrechtelijke discriminaties worden aangepakt?

De andere wetgevingstheoretische vraag is de vraag naar de effecten en daarmee het belang van symbolische wetgeving – in het bijzonder de verdragsrechtelijke voorschriften m.b.t. de eerbiediging van de fundamentele mensenrechten – voor de handhaving van het gelijkheidsbeginsel. Wil men, met andere woorden, concreet de rem leggen op bepaalde ongeoorloofde, discriminatoire effecten van deze of gene conflictenregel van het Belgisch I.P.R., dan is de opstelling van de rechterlijke machten die belast zijn met de toepassing van de conflictenregel, van cruciaal symbolisch belang.

Wel is het zo dat deze symbolische modelwerking van een zo moeilijk en nog ruim onbekend concept als ongeoorloofde achterstelling in de concurrentie met de vaak complexe verwijzingstechnieken van het I.P.R. de rechter niet zelden voor een wel heel moeilijk na te streven doel plaatst. De term «ongeoorloofde achterstelling» heeft immers de schijn van feitelijkheid, terwijl de lading onvermijdelijk sterk normatief is. De term impliceert immers zowel een diskwalificatie van buitenlandse rechtstelsels en rechtsregels als een aanspraak op correctie ervan. De overtuiging is wellicht dat mensen – individuen of groepen – ongeacht ras, geslacht of stand recht hebben op gelijke fundamentele – o.m. culturele – rechten. Wat dat zoal inhoudt, is o.m. geïnventariseerd in de U.N.O.-Verklaringen van de Rechten van de Mens, die bovendien aanspraak maken op universele geldigheid.

Vanuit waarden als gelijkheid en niet-uitsluiting moeten in de praktijk echter ook de concrete verhoudingen tussen individuen en groepen nader ingevuld worden, wat niet zonder dilemma's, problemen en soms scherpe spanningen verloopt. Het vooronderstelt immers van de kant van de rechter – per definitie – een bijzonder moeilijk immanente afweging van achterstelling en uitsluiting van bepaalde individuen of groepen in zoverre zij dragers zijn van buitenlandse rechtstelsels die wij in het licht van deze overtuiging moeilijk kunnen aanvaarden. Daarbij bleef tot nog toe de vraag van de plaats van de fundamentele rechten, als vrij nieuwe grondslag van het gelijkheidsbeginsel in het commune I.P.R. naar de mening van de preadviseur prof. Heyvaert sterk onderbelicht.

Deze merkwaardige onderbelichting van de vandaag vrijwel reflexmatige toepassing in het I.P.R. van de mensenrechten en in het bijzonder van het gelijkheidsbeginsel als een nieuwsoortig temperingsmechanisme, hangt wellicht samen met een zekere ideologische ingraving van de dominante meerderheid van de beoefenaars van het I.P.R. De mensenrechten dringen in het I.P.R. steeds verder door als het zachte accommodatiemiddel van de «blinde» conflictregel aan het vereiste van het gelijkheidsbeginsel. De vraag is of daarbij onder het voorwendsel van de universele geldigheid van de fundamentele rechten, niet te hard wordt gedruwd tegen minderheden op een manier die hun ook alle houvast aan de cultuur van het herkomstland ontnemt. Als men de schending van mensenrechten door buitenlandse rechtstelsels en -systemen wil verhelpen, dan is dwangmatige accommodatie ervan aan het gelijkheidsbeginsel via het I.P.R. wellicht niet de aangewezen handelwijze, wanneer deze een uitholling teweegbrengt van het culturele weerstandsvermogen van bepaalde achtergestelde groepen in onze samenleving. In concreto legde de rechtbank te Namen in mei '90 een parallel tussen de eenzijdige verstoting en de in ons rechtstelsel bekende echtscheiding na vijf jaar feitelijke scheiding

waarbij de last ligt bij de initiatiefnemer. De man moet betalen voor zijn initiatief. Dit was een verbreking van het gelijkheidsbeginsel in de bezorgdheid om tegemoet te komen aan de noden van de vrouw in België zonder dat zij het slachtoffer moet zijn van haar «buitenlandse» nationaliteit.

Het is de keerzijde van de problematiek en verwijst naar het niveau van ongelijkheid met name de vermengingen van rechtsculturen in Europa die vandaag steeds meer verschillende rechtssystemen en steeds «vreemdere» rechtsculturen betreffen. Culturen die qua structuur, socio-economische en ideologische achtergrond radicaal verschillen, en niet zo reflexmatig als wij het gelijkheidsbeginsel hanteren.

Studies gericht op de observatie en de interpretatie van de vermenging van rechtssystemen zijn tot nog toe in België nauwelijks of niet ondernomen. Bijvoorbeeld hoe verhouden de migranten zich vandaag tegenover het rechtssstelsel dat zij hebben meegenomen uit het land van herkomst, en hoe verhouden de Belgische rechtbanken zich tegenover deze rechtssstelsels? Welke conflictenrechtelijke oplossingen dienen zich aan om deze graduele verlenging in immigratie in vreedzame banen te leiden? Zijn er methodes van sociale-wetenschappelijke aard? Hebben we boodschap aan in Frankrijk en Nederland verrichte studies die aantonen dat vandaag de rechtbanken steeds meer worden aangezocht om in hun uitspraken de etnische achtergrond van mensen niet als een statische, als een bijna administratieve gegevenheid op te nemen, maar als historisch, sociologisch en politiek gegeven. Zij moeten rekening houden met het feit dat culturele en etnische factoren deel uitmaken van het handelen van de mensen. Dit leidt tot een scherpere aandacht voor het gedrag van de mensen. Nu eens ontlenuen ze bepaalde instituties en instellingen aan hun land van herkomst, dan aan ons juridisch arsenaal. De rechters denken nieuwe systemen uit waarin zij elementen uit verschillende waarde-stelsels met elkaar verbinden. Een grote rechterlijke uitdaging ligt in het uitdenken van de gevallen waarin er omstandigheden zijn waaronder de culturele en etnische achtergronden van mensen in rechtssystemen een specifiek standpunt van een geoorloofde voorkeursbehandeling vergen aangepast aan de concrete situatie.

Mensen (gedingpartijen) organiseren zelf hun identiteit rond bepaalde kenmerken – culturele, godsdienstige, of ook, etnische categorieën – in reactie op de wijze waarop zij door onze rechtssstelsels tegemoet worden getreden. Culturele – en dus ook rechtstradities – zijn voortdurend aan verandering onderhevig doordat in het licht van veranderende omstandigheden nieuwe gedragingen en interpretaties van oude tradities ontstaan. Dit zou een verklaring kunnen bieden van de vakantie-echtscheidingen. Bepaalde culturele kentrekken kunnen bijvoorbeeld compensatie verschaffen voor het leven in een wereld waarin voor iedereen alleen tot op bepaalde hoogte behoeften en wensen kunnen worden bevredigd.

In zijn bijdrage aan de verzamelband *Van gastarbeider tot immigrant: Marokkanen en Turken in Nederland* overloopt J. Tennekes verschillende benaderingen van cultuur. Tennekes onderscheidt drie beelden van cultuur: cultuur als kennis, cultuur als spel en cultuur als middel.

Bij de vergelijking van cultuur met spel bestaat de cultuur bij de gratie van haar dragers die haar de moeite waard vinden en, zoals in het spel, de regels ervan accepteren en in acht nemen. De cultuur moet als het ware steeds weer door

de mensen die er de dragers van zijn, worden gereproduceerd.

Het vergaat met de rechtscultuur van een gemeenschap niet anders: de beleving van een rechtsbehoren door een individu is geen statisch gegeven; deze beleving verandert o.m. ten gevolge van contacten met andere rechtsculturen en -waarden zoals het gelijkheidsbeginsel. De interpretaties van de eigen rechtscultuur die migranten erop nahouden, zijn daarbij niet altijd even adequaat, waardoor vaak spanningen ontstaan tussen de feitelijke gedragingen, de overgeleverde culturele modellen en het beginsel van de gelijkheid van maatschappelijke kansen in de gastsamenleving.

Wensen en voorstellen voor amendering van de conflictenrechtelijke technieken zijn echter weinig reëel zolang ook niet enigszins is nagedacht over de wijze waarop oplossingen kunnen worden gevonden voor de conflicten die ontstaan. En men hierover tot een consensus is gekomen. Mevrouw Foblets denkt daarbij aan de waardering van de betekenis van nationaliteit en de recente discussies in de Raad van Europa over de maatschappelijke toedracht van nationaliteit als discriminatiecriterium in het internationaal privaatrechtsverkeer.

Voortaan moet men het mogelijk maken om ondanks het «Europees Verdrag tot vermindering van de gevallen van meervoudige nationaliteit», gesloten te Straatsburg op 6 mei 1963, toch meervoudige nationaliteit te laten ontstaan bij een paar belangrijke categorieën vreemdelingen, met name, tweedegeneratiemigranten en partners van burgers van verdragspartijen.

Dit recente Protocol opent opnieuw de weg naar multipatridie, en daarmee wellicht ook naar nieuwe toepassingsmogelijkheden van de nationaliteit als facultatieve aanknop-ping op het terrein van het personen- en familierecht.

Men staat in België op dit punt nog zo goed als nergens.

Aan enkele vragen kan men, nu reeds, niet meer voorbij: nu het besef is doorgedrongen dat het verblijf van migranten van blijvende aard is, zal men spoedig overeenstemming moeten bereiken over de plaats van allochtone rechtsculturen in de samenleving van het gastland. Is een eenzijdige of wederzijdse aanpassing gewenst? Dient gestreefd te worden naar gelijkberechtiging met of zonder behoud van ieders eigen culturele waarden, of wil men zoveel mogelijk een scheiding van culturen? Het antwoord op deze vragen is mede afhankelijk van de mate van tolerantie van ons rechtssysteem.

Om de vraag naar de tolerantiegraad van ons I.P.R. vandaag te kunnen beantwoorden, is een beter inzicht en een meer volledige kennis vereist van gepubliceerde en niet gepubliceerde problemen en geschillen in de gebieden waarop zich bij de confrontatie tussen rechtsculturen problemen kunnen voordoen. Het preadvies en de reflecties van prof. A. Heyvaert houden voor het Belgische I.P.R. een tot nog toe niet geëvenaarde aanzet daartoe in.

Zij vormen, naar de mening van mevrouw Foblets, de schakel naar verdere stappen en concrete voorstellen die niet alleen duidelijkheid kunnen geven over de inhoud van vreemde culturen, maar ook inzicht verschaffen in wat de differentiële behandeling ervan voor het rechtssysteem van het gastland betekent.

De voorzitter, de heer Rommel, uit als persoonlijke bedenking dat het gelijkheidsbeginsel uitgaat van een bepaalde opvatting van de maatschappij. Als men te maken heeft met

migranten die zich blijvend nestelen in hun gastland, dan wordt de juridische I.P.R.-problematiek doorkruist door de problematiek van de sociale integratie. Het juridische probleem houdt verband met het sociale probleem. In een democratische staat moet gezegd kunnen worden dat de rechter in het I.P.R. een beleid voert. Het beginsel «gelijkheid» sleurt in zijn kielzog vele fundamentele problemen mee. De heer Rommel stelt de vraag of het wel denkbaar is voor het recht om het begrip «gelijkheid» te denken of toe te passen. Het recht is qua taal opgesteld in de gebiedende wijs en vormt de uitsluiting zelf van de gelijkheid. Door gelijkheid komt een nieuwe opvatting van het recht naar boven. Een opvatting van het recht die samenloopt met andere, zoals sociale en economische, bekommernissen. De gelijkheid heeft een fundamenteel rechtskritische waarde voor de practici.

Na deze ruime inleidingen geeft de voorzitter het woord aan de toehoorders.

Prof. P. Senaeve formuleert een, naar eigen zeggen, provocerend voorstel om in de materie van de afstamming vanuit het gelijkheidsbeginsel de Belgische wet als politiewet toe te passen voor al diegenen die zich op het Belgisch grondgebied bevinden, zoals de fiscale en sociale-zekerheidswetgeving. Bijkomend stelt professor Senaeve dat, als het vreemde recht aangeduid door de verwijzingsregel al te zeer verschilt van onze wet, men toch via allerlei technieken zoals politie en veiligheid en internationaal privaatrechtelijke openbare orde de vreemde wet toch uitschakelt, zodat het beleid van de rechter vrij arbitrair en willekeurig overkomt, en rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid tot gevolg heeft. Ten derde stelt prof. Senaeve onze huidige aanknopingsfactor inzake staat en bekwaamheid, zijnde de nationaliteit, ter discussie, zeker gezien de laatste Belgische wetwijziging inzake nationaliteit. In antwoord stelt professor Heyvaert dat hij het met deze stelling van professor Senaeve niet moeilijk heeft. De afstamming van het kind houdt in dat het sociaal volwassen moet worden, m.a.w. dat het zich waar moet maken in een bepaalde maatschappij. Zichzelf waarmaken betekent dat men zich schikt naar de normen van de maatschappij. Het is daarom aannemelijk dat mensen die hier een vaste vestiging hebben, ons recht, zoals inzake afstamming en huwelijk, kunnen aanvaarden.

Mevrouw Foblets meent eveneens dat zij zich in bepaalde mate kan aansluiten bij het door professor Senaeve geformuleerde voorstel. Zij stelt dat de groep waarover prof. Senaeve het had, evenwel kleiner en kleiner wordt gezien de recentste nationaliteitswijziging. Als instrument naar de integratie zal men de (Belgische) nationaliteit behouden. Weliswaar zal men bepaalde tradities en gewoonten niet te drastisch mogen negeren.

Mevrouw Foblets haalt een vonnis aan van de Jeugdrechtbank te Turnhout dat de adoptie door een Algerijnse vader van zijn natuurlijk kind erkent, ondanks het feit dat de adoptie volgens de nationale wet van de vader niet mogelijk was.

Mevrouw Jacobs meent evenwel dat, na de wetwijziging inzake afstamming en adoptie door de wet van 27 april 1987, het voornoemde vonnis niet verdedigbaar is in het licht van de nieuwe wetgeving. De wet is duidelijk: indien het te adopteren kind ouder is dan 15 jaar dan blijft de cumulatieve toepassing van de wet van de adoptant en de geadopteerde van toepassing, zelfs als de adoptie niet mogelijk is volgens één van deze wetten. De Belgische internationale openbare orde kan in dergelijke gevallen thans moeilijk contra legem

worden ingeroepen. Anderzijds is mevrouw Jacobs geen voorstaander van de door professor Senaeve voorgestelde kwalificatie als politiewet, daar dit haar te drastisch lijkt. Het aanwenden van een andere aanknopingsfactor, zijnde de woonplaats i.p.v. de nationaliteit, is te verkiezen. In Frankrijk speelt de woonplaats als aanknopingsfactor bijvoorbeeld inzake echtscheiding en huwelijksvermogensrecht reeds een belangrijke rol.

Professor Heyvaert antwoordt dat hij niet ziet welk bezwaar men kan hebben tegen een kwalificatie als politiewet daar de rechter niet steeds zijn «eigen» politiewet moet toepassen. Professor Heyvaert pleit voor de woonplaats als aanknopend gegeven. Het gevolg van de kwalificatie als politiewet is voor hem dat voor Belgen die in het buitenland wonen, het recht van de plaats waar zij wonen hun huwelijksstatuut regelt.

Ten slotte uit mevrouw Jacobs bezwaren tegen het door mevrouw Foblets verwoorde voorstel van de Raad van Europa tot het hanteren van een meervoudige nationaliteit, daar een pluralistische nationaliteit in se indruist tegen het gelijkheidsbeginsel daar naargelang de categorie één persoon een andere nationaliteit toegewezen kan worden. Men zou afstand doen van de principes gesteld in de Haagse Conventie van 12 april 1930 inzake wetsconflicten betreffende nationaliteit.

De sectievoorzitter, de heer Rommel, sluit daarop de bespreking af.

Hilde JACOBS
Assistente K.U.Leuven

SECTIE V

De gelijkheid in het fiscaal recht

1. Ingeleid door em. procureur-generaal in het Hof van Cassatie Krings, vat de preadviseur het onderwerp aan vanuit de grondwettelijke invalshoek. Het gelijkheidsbeginsel in fiscale zaken is immers gebaseerd op grondwettelijke principes: enerzijds de algemene bepaling van artikel 6 Gw., op grond waarvan alle Belgen gelijk zijn voor de wet, en anderzijds de meer specifieke bepaling van artikel 112, eerste lid Gw., op grond waarvan geen voorrechten kunnen worden ingevoerd inzake belastingen.

2. Deze grondwettelijke principes hebben een belangrijke nieuwe dimensie gekregen na de recentste grondwetsherziening, waarbij het Arbitragehof de bevoegdheid heeft gekregen om fiscale wetten en decreten te toetsen aan het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel. De belangrijke rol die het Arbitragehof ongetwijfeld zal vervullen bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel is dan ook afhankelijk van de inhoud die aan het gelijkheidsbeginsel wordt gegeven en van de wijze waarop dit beginsel in de praktijk wordt toegepast.

3. Aan het gelijkheidsbeginsel in fiscale zaken werd door de tijd heen een verschillende inhoud toegekend. De preadviseur analyseert de toepassing van dit beginsel in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, van de Raad van State en van het Arbitragehof.

4. Tot het einde van de jaren zestig oordeelden zowel het Hof van Cassatie als de Raad van State dat aan het gelijkheidsbeginsel was voldaan indien normatieve akten in fiscale zaken in voldoende algemene termen waren opgesteld, ongeacht het feit dat de betreffende belasting of vrijstelling in de praktijk slechts op één vooraf bepaalde belastingplichtige

of categorie van belastingplichtigen van toepassing was. Pas in de jaren zeventig wijzigt de Raad van State zijn standpunt, daarin spoedig gevolgd door het Hof van Cassatie. De toepasselijkheid van fiscale maatregelen op één welbepaalde categorie van belastingplichtigen diende verantwoord te worden door de aard en het doel van deze maatregel, anders werd de maatregel als een willekeurige belasting beschouwd, ontoelaatbaar op grond van het gelijkheidsbeginsel.

5. De evolutie van de inhoud van het gelijkheidsbeginsel schijnt een eindpunt te vinden in de recente rechtspraak van het Arbitragehof, tenminste zo stelt de preadviseur. Voortaan dient het onderscheid tussen bepaalde categorieën van belastingplichtigen verantwoord te worden door objectieve en redelijke argumenten, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de fiscale maatregel. De maatregel moet overeenstemmen met het beoogde doel, wat een toetsing van de fiscaalrechtelijke regels en de aard van de ingevoerde belasting veronderstelt.

6. Indien de schending van het gelijkheidsbeginsel ten aanzien van bepaalde categorieën van belastingplichtigen wordt opgeworpen, rijst de vraag of vooraf de vergelijkbaarheid van deze categorieën onderzocht dient te worden. Deze voorafgaande vergelijkbaarheidstoetsing werd door het Arbitragehof oorspronkelijk niet uitdrukkelijk toegepast. In een recent arrest echter wordt uitdrukkelijk naar deze vergelijkbaarheidstoetsing verwezen¹. Het betrof een geval waarbij door belastingplichtigen, onderworpen aan de belasting op automatische ontspanningstoestellen, een schending van het gelijkheidsbeginsel werd aangevoerd ten aanzien van de belastingplichtigen onderworpen aan de belasting op spelen en weddenschappen. Het Arbitragehof heeft beide categorieën van belastingplichtigen onvoldoende vergelijkbaar geacht en om die reden de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel verworpen. In andere gevallen werd het opleggen van een belasting aan bepaalde categorieën van belastingplichtigen aan het opportuniteitsoordeel van de bevoegde overheid overgelaten, op voorwaarde dat het onderscheid op objectieve wijze verantwoord wordt en aan één van de categorieën geen onevenredige last wordt opgelegd².

7. Uit die rechtspraak van het Arbitragehof leidt de preadviseur af dat de vergelijkbaarheidstoetsing slechts aan de orde is indien twee soorten belastingen vergeleken dienen te worden en niet wanneer voor een zelfde belasting onderscheid tussen bepaalde categorieën van belastingplichtigen wordt gemaakt.

8. Met betrekking tot de evenredigheid van de aan bepaalde categorieën opgelegde lasten, rijst bovendien de vraag of dit criterium van toepassing is indien deze categorieën al dan niet vergelijkbaar zijn. Hier suggereert de preadviseur dat het evenredigheidscriterium toegepast moet worden indien de categorieën niet vergelijkbaar zijn. Een verschillende behandeling van belastingplichtigen die in dezelfde situatie verkeren, betekende immers volgens de vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie reeds een schending van het gelijkheidsbeginsel.

9. De objectieve en redelijke criteria, die een verschillende fiscale behandeling van bepaalde categorieën van personen dienen te verantwoorden, moeten dus beoordeeld worden aan de hand van het doel, de gevolgen en de aard van de betreffende belasting. Deze afgeleide criteria zijn echter op hun beurt eveneens aan het gelijkheidsbeginsel onderworpen. Vaak immers dragen de aard en het voorwerp van een belasting reeds een schending van het gelijkheidsbeginsel in zich. Zo oordeelde de Raad van State, volgens de preadviseur terecht, dat een gemeentebelasting, enkel van toepassing op publiek toegankelijke bankfilialen en niet op openbare kredietinstellingen, een schending van het gelijkheidsbeginsel inhield³. In een aantal gevallen zijn de specifieke aard en voorwerp van een belasting echter moeilijk objectief te verantwoorden en spelen andere elementen een rol. Dit wordt geïllustreerd door het feit dat een gemeentebelasting geheven op honden, en niet op katten, door niemand ter discussie wordt gesteld.

10. Een ander knelpunt doet zich voor bij de doeleinden van de ingevoerde belastingen. Indien we ervan uitgaan dat een onderscheiden fiscale behandeling van verschillende categorieën van belastingplichtigen objectief verantwoord kan worden op grond van het doel van de ingevoerde belasting, dan rijst de vraag of er naast een budgettair oogmerk ook nevendoeleinden van economische of sociale aard in aanmerking genomen mogen worden. Voor de wetgever doet dit probleem zich niet voor aangezien de wetgever op grond van zijn fiscale autonomie alle nevendoeleinden kan nastreven, tenzij die welke hem door Grondwet of door internationale verdragen ontzegd worden. Voor de lokale overheden is de situatie anders.

De lokale overheden kunnen immers hun fiscale autonomie aanwenden om indirect bepaalde nevendoeleinden te verwezenlijken inzake materies waarin zij geen rechtstreekse normatieve bevoegdheid hebben. In deze zin werd door de stad Luik een belasting opgelegd ten aanzien van openlucht-parkeerplaatsen, terwijl gesloten parkeerruimten aan geen enkele belasting onderworpen werden. Dit onderscheid was duidelijk gebaseerd op milieu-overwegingen, aangezien men de aanleg van weinig esthetische openlucht-parkeerruimten wilde ontmoedigen. Het Hof van Beroep te Luik heeft geoordeeld dat de gemeente haar fiscale autonomie voor dit nevendoeel mocht aanwenden, ook al had de gemeente geen rechtstreekse bevoegdheid inzake milieubeleid⁴. De preadviseur deelt dit standpunt op grond van de fiscale autonomie van de gemeente. De Raad van State deelt dit standpunt echter niet en is van oordeel dat de gemeenten bepaalde van hun sociale of economische doelstellingen niet met fiscale middelen mogen nastreven⁵. Voor de Gemeenschappen en Gewesten is de situatie anders aangezien zij geen fiscale autonomie hebben. Op grond van het reeds vermelde «bingo-arrest» van het Arbitragehof kunnen we echter aannemen dat ook de Gemeenschappen en Gewesten nevendoeleinden kunnen nastreven bij het opleggen van bepaalde belastingen. De bijzonder hoge belasting op automatische ontspanningstoestellen is immers duidelijk door sociale doeleinden geïnspireerd.

¹ Arbitragehof, 7 maart 1991, *F.J.F.*, 1991, nr. 91/52.

² Arbitragehof, 10 oktober 1991, nr. 24/91, *B.S.*, 25 oktober 1991, Arbitragehof, 14 november 1991, nr. 32/91, *B.S.*, 28 november 1991.

³ R.v.St., 20 juni 1989, nr. 32.769, *F.J.F.*, 1990, nr. 90/49.

⁴ Luik, 2 mei 1990, *F.J.F.*, 1990, nr. 90/140.

⁵ R.v.St., 16 maart 1976, nr. 17.514, *Arr. R.v.St.*, 1976, 337.

11. Naast de knelpunten inzake de actuele toepassing van het gelijkheidsbeginsel, bespreekt de preadviseur ten slotte een aantal bijzondere problemen die verband houden met de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in fiscale zaken. Hij besteedt hierbij in het bijzonder aandacht aan de voorrechten die in bepaalde gevallen worden toegekend en aan de leer van de vrije keuze van de minst belaste weg.

12. Indien, ondanks het uitdrukkelijke verbod van artikel 112, eerste lid, Gw., toch bepaalde voorrechten worden toegekend aan één enkele of aan een kleine categorie van personen, rijst de vraag of de niet-bevoorrechten tegen die privileges kunnen opkomen. Hier is het probleem dat de niet-bevoorrechten moeilijk een belang kunnen doen gelden om het voorrecht aan anderen te doen ontzeggen. De preadviseur voorziet thans nog geen oplossing voor dit probleem.

13. Met betrekking tot de keuze van de minst belaste weg rijst de vraag of verschillende juridische constructies die tot hetzelfde economisch resultaat leiden, fiscaal op gelijke manier behandeld moeten worden. Om op deze vraag te kunnen antwoorden maakt de preadviseur onderscheid tussen enerzijds de gevallen waarin de wetgever bewust de keuze en de mogelijkheden tot belastingontwijking open laat, en anderzijds de gevallen waarin belastingplichtigen belasting vermijden door oneigenlijk gebruik van de onvolkomenheden in de fiscale wetgeving. De wetgever voorziet bijvoorbeeld voor bepaalde beroepsgroepen in de mogelijkheid om belasting te vermijden door de uitoefening van hun professionele activiteiten via een vennootschap met rechtspersoonlijkheid, terwijl deze mogelijkheid niet bestaat voor ambtenaren. Gelet op de reeds besproken beoordelingsvrijheid van de belastingheffende overheid, stelt zulk een onderscheid volgens de preadviseur geen enkel probleem, op voorwaarde dat het gemaakte onderscheid objectief en redelijk verantwoord is. Inzake het oneigenlijk gebruik van bepaalde leemten in de wetgeving kan volgens de preadviseur het gelijkheidsbeginsel niet toegepast worden, ook al kunnen slechts bepaalde categorieën van belastingplichtigen van dit oneigenlijk gebruik profiteren. De wetgever heeft immers dit oneigenlijk gebruik en dus ook het onderscheid nooit gewild. Hier rust uiteraard wel de plicht op de wetgever om hiaten in de wetgeving zo spoedig mogelijk weg te werken.

14. De respondent valt de preadviseur volledig bij in zijn analyse van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel door de Raad van State, het Hof van Cassatie en het Arbitragehof. Hij is het echter niet eens met de preadviseur, waar deze laatste stelt dat de inhoudsbepaling van het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak tot een eindpunt schijnt te zijn gekomen. In een eerste deel van zijn betoog gaat de respondent in op de problemen en vragen die door de preadviseur werden opgeworpen. In een tweede deel bespreekt hij ten slotte de te verwachten evolutie van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel onder invloed van het Europees belastingrecht.

15. Met betrekking tot het voorafgaand onderzoek van de vergelijkbaarheid van verschillende categorieën van belastingplichtigen, besluit de respondent dat deze vergelijkbaarheidstoetsing in elk geval inherent is aan de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Het feit dat niet elke rechterlijke beslissing inzake het gelijkheidsbeginsel uitdrukkelijk verwijst naar de vergelijkbaarheid, is te wijten aan het feit dat deze

vergelijkbaarheid in de meeste gevallen zo evident is dat een uitdrukkelijke vermelding als overbodig beschouwd wordt.

16. In de rechtspraak van het Arbitragehof in het bovenvermelde «Bingo-arrest» ziet de respondent een vrij strikte interpretatie van deze vergelijkbaarheid, waar het Hof besluit dat een automatisch ontspanningstoestel in een café niet vergeleken kan worden met de kansspelen die in een casino georganiseerd worden. De wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof bepaalt immers dat alleen beroep kan worden ingesteld door een persoon die een belang heeft en dus per definitie in een gelijksoortige situatie verkeert.

17. In de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie vindt de respondent een veel ruimere interpretatie van deze vergelijkbaarheid bij de toepassing van artikel 95 van het E.G.-Verdrag, op grond waarvan ongelijke fiscale behandeling tussen binnenlandse en buitenlandse produkten verboden is. Hij voorziet dan ook dat het standpunt van het Arbitragehof hierin nog een zekere evolutie zal kennen.

18. De respondent valt de preadviseur niet bij, waar deze laatste stelt dat het opleggen van onevenredig hoge lasten als criterium voor de schending van het gelijkheidsbeginsel kan dienen, wanneer twee categorieën van belastingplichtigen niet vergelijkbaar zijn. De respondent is hier van oordeel dat er geen sprake kan zijn van een schending van het gelijkheidsbeginsel indien de categorieën die een verschillende behandeling ondergaan, niet vergelijkbaar zijn. Met betrekking tot het voorbeeld waarom wel een belasting op honden en niet op katten wordt opgelegd, zoekt de respondent het antwoord in het geringe belang van deze belasting. De rol en invloed van de hondenbelasting is dermate klein dat zelfs een principiële discussie hieromtrent als nutteloos beschouwd kan worden.

19. Inzake het nastreven van nevendoeleinden door bepaalde regionale en lokale overheden stelt de respondent inderdaad vast dat, op grond van de recente rechtspraak van het Arbitragehof, de Gemeenschappen en de Gewesten in bepaalde gevallen indirect regulerend kunnen optreden in materies waarin zij niet bevoegd zijn. De respondent is van oordeel dat het nastreven van zulke nevendoeleinden beperkt zou moeten worden tot de toegewezen bevoegdheden. Dezelfde redenering moet gevolgd worden voor de provinciale- en gemeentebelastingen.

20. Inzake het probleem van de ongrondwettige fiscale voorrechten, pleit de respondent voor een afschaffing van artikel 112 Gw. Aangezien dit artikel niet meer is dan een bijzondere toepassing van artikel 6 Gw. en aangezien de toepassingsbevoegdheid van het Arbitragehof beperkt is tot artikel 6 Gw., kan het behoud van artikel 112 Gw. alleen maar leiden tot verwarrende en verkeerde interpretaties van het gelijkheidsbeginsel.

21. Inzake de toepassing van het gelijkheidsbeginsel bij de keuze van de minst belaste weg, deelt de respondent het standpunt van de preadviseur. Indien verschillende juridische constructies met hetzelfde economisch resultaat door de wetgever fiscaal verschillend behandeld worden, dan houdt dit geen schending van het gelijkheidsbeginsel in, op voorwaarde dat het onderscheid op objectieve en redelijke argumenten is gebaseerd.

22. Ten slotte besteedt de respondent enige aandacht aan de invloed van het Europees belastingrecht op de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in België. Deze vraag heeft twee aspecten: enerzijds rijst de vraag of de E.G.-reglementering

inzake gelijkheid voor grensoverschrijdende verrichtingen, op grond van artikel 6 Gw. ook op binnenlandse verrichtingen toegepast kan worden; anderzijds gaat de respondent na in hoeverre de inhoud die het Europees Hof van Justitie aan het gelijkheidsbeginsel geeft, een weerslag kan hebben op de evolutie van de toepassing van dit beginsel in het interne Belgisch recht.

23. Met betrekking tot de bestaande Europese richtlijnen inzake grensoverschrijdende activiteiten heeft de Belgische wetgever zich aan de Europese normen aangepast zodat er op dit vlak weinig problemen te verwachten zijn. Voor de toekomstige richtlijnen inzake roerende voorheffing op interesten en inzake overdracht van verliezen zouden er echter wel discrepanties kunnen ontstaan tussen het Europees en het Belgisch recht. In deze gevallen oordeelt de respondent dat een ongelijke behandeling van binnenlandse verrichtingen ten aanzien van zulke grensoverschrijdende verrichtingen slechts kan worden ingeroepen op grond van artikel 6 Gw. wanneer het onderscheid zijn oorsprong vindt in een Belgische wet en niet in een Europese richtlijn. In de mate waarin een grensoverschrijdende verrichting aan de Belgische jurisdictie ontsnapt, kan men namelijk de Belgische wetgever geen ongelijke behandeling verwijten. Een aanpassing van intern recht aan het communautair recht is hier uiteraard de ideale oplossing.

24. Terwijl de Belgische rechtscolleges de toetsing van het gelijkheidsbeginsel uitvoeren aan de hand van abstracte criteria zoals aard en doel van de belasting, besteedt het Europees Hof van Justitie meer aandacht aan de concrete feitelijke uitwerking van de fiscale maatregelen ten aanzien van de betrokken belastingplichtigen. Zelfs indien een fiscale maatregel op grond van zijn aard en doel volstrekt objectief en redelijk verantwoord is, dan nog kan het Hof van Justitie oordelen dat er een ontoelaatbare discriminatie plaatsvindt op grond van de feitelijke gevolgen van bovenvermelde abstracte criteria. Indien dezelfde redenering gevolgd zou worden bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in België, zouden de gevolgen niet meer te overzien zijn. Vele fiscale maatregelen die objectief en redelijk verantwoord zijn, leiden immers de facto tot een ongelijke verdeling van de belastingdruk. Indien op grond van deze ongelijkheid telkens een schending van het gelijkheidsbeginsel zou worden vastgesteld, zou dit het werk van de Belgische belastingwetgever aanzienlijk bemoeilijken.

25. De respondent besluit dan ook dat er geen consistentie bestaat in de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in Belgisch en Europees belastingrecht. Hij verwacht dan ook dat het bereikte evenwicht in de toepassing van het gelijkheidsbeginsel door de Belgische rechtscolleges verstoord zal worden onder de invloed van de dualiteit tussen de Belgische en de Europese interpretatie. Langs welke weg dit evenwicht hersteld zal kunnen worden, is vooralsnog niet duidelijk.

26. Het boeiende betoog van beide sprekers en de scherpe analyse die zij maakten van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in fiscale zaken, lokte heel wat reactie uit bij de overige leden van de vergadering. In de discussie werd geprobeerd om aan de hand van de uiteengezette principes uit te maken of in een aantal concrete gevallen het gelijkheidsbeginsel geschonden werd. Verschillende gemeentebelastingen werden hierbij geïnspecteerd.

27. Tot besluit stelt de voorzitter dat, op grond van de uiteenzettingen en discussies, het belang van het gelijkheidsbeginsel in fiscale zaken niet overschat kan worden. Wij kijken met belangstelling uit naar de evolutie die het gelijkheidsbeginsel ongetwijfeld zal kennen op het vlak van lokale, regionale, nationale en Europese belastingen.

Luc NEEFS

Assistent Afd. Economisch Recht (K.U.Leuven)

SECTIE VI

Gelijke behandeling in de sociale zekerheid

De voorzitter van de sectie, prof. H. Deleeck, gaf na zijn verwelcoming, het woord aan de preadviseur, prof. J. Van Langendonck, die zijn inleidend verslag (*R.W.*, 1991-92, 1223-1338) overliep en daarbij de volgende bijzondere accenten legde.

Bij het toepassen van het gelijkheidsbeginsel op de sociale zekerheid, kan men op meer terreinen dan alleen die van het geslacht van discriminaties spreken.

Een belangrijke discriminatie die erbij aansluit, is de *tussen het wettelijke en feitelijke gezin*. Zowel de overlevingspensioenen als de overlevingsrenten in de arbeidsongevallen-reglementering worden uitgekeerd aan de wettige echtgenoot, ook al zijn de echtgenoten reeds jaren feitelijk gescheiden, terwijl degene met wie de overledene een feitelijk gezin vormde, geen vergoeding krijgt. Het is merkwaardig dat deze structuur in vele landen bestaat. Bovendien is de gelijkstelling tussen wettelijk en feitelijk gezin in andere takken van de sociale zekerheid, zoals de ziekte- en werkloosheidsverzekering, al jaren wel gerealiseerd. Men kan zich dus afvragen wat de grondslag is voor het behoud van deze discriminatie. Misschien een achterhaalde vermogensrechtelijke opvatting over het huwelijk die dit instituut nog steeds voorname-lijk ziet als een inkomensvoorziening voor de echtgenote?

Een tweede «vergeten» toepassing van het gelijkheidsbeginsel is de verschillende behandeling volgens *leeftijd*.

Uiteraard is het verantwoord dat de vergoedingen inzake kinderbijslag en ouderdomspensioen gekoppeld zijn aan leeftijdsvoorwaarden.

In een aantal andere gevallen is de geformuleerde leeftijdsvoorwaarde niet vanzelfsprekend en kan men zich afvragen of zij niet discriminatoir is. Een eerste voorbeeld in dit verband is de leeftijdsvoorwaarde die gekoppeld is aan het overlevingspensioen. Volgens de Belgische wetgeving is de grensleeftijd 45 jaar, met een aantal uitzonderingen. Net als in het hiervoor aangehaalde geval is deze grensleeftijd bekend in de meeste landen, hoewel de hoogte verschilt. Is het essentieel voor het risico dat men wil beveiligen? Ook hier kan men zich afvragen of er een gewettigde reden is om dit onderscheid te behouden. De wetgever blijkt te zijn uitgegaan van een vermoeden van reclasseerbaarheid van de weduwe, die na 45 jaar problematisch zou worden. Reclassen door hertrouwen, zo blijkt uit de realiteit, is echter niet moeilijker na het bereiken van deze grensleeftijd. En indien de wetgever eerder doelde op reclasseerbaarheid door arbeid, had hij zijn grensleeftijd heel wat lager moeten stellen, aangezien het vinden van werk reeds problematisch wordt op veel jongere leeftijd.

Een andere reeks discriminaties naar leeftijd vindt men terug in de tewerkstellingsmaatregelen die de laatste jaren

zijn genomen t.v.v. enerzijds de jongere (-25/30 j.) en anderzijds de oudere werklozen. Zo discrimineert de stage voor jongeren, die aan de werkgever de mogelijkheid geeft om -30-jarigen tegen voordeligere voorwaarden aan te nemen, degenen die boven die leeftijd vallen, aangezien ze niet onder dezelfde voorwaarden in dienst genomen kunnen worden. De maatregelen ten voordele van de ene groep zijn bijgevolg ten nadele van de andere groep. Ook hier kan men zich afvragen wat de ratio legis is van dit onderscheid. Is het een overjarige schrik voor oproerige jongeren...?

Ook tijdelijke maatregelen kunnen als een discriminatie naar leeftijd worden aanvaard. In die gevallen is de geboortedatum het enige willekeurige criterium om te bepalen of iemand recht heeft op bepaalde voordelen, bv. bruggensioen. Aangezien het gaat om zulke belangrijke voordelen, kan men zich afvragen of deze discriminerende gevolgen van de werking van de wet in de tijd nog verantwoord zijn.

Het onderscheid naar professionele categorieën, nl. werknemers, zelfstandigen en overheidspersoneel, dat terug te vinden is in de sociale zekerheid, kan eveneens als een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel worden beschouwd. Het onderscheid is historisch te verklaren en was toen ook verantwoord: de verzekeringen zijn ontstaan als onderlinge, vrijwillige verzekeringen per beroepscategorie, waarin ieder het recht had om voor zijn groep een eigen, al dan niet voordeligere, bescherming uit te werken. Zodra zij echter werden opgenomen in een wettelijke regeling en door de overheid verplicht werden gemaakt, gingen ze tot de taak van de staat behoren en moet het gelijkheidsbeginsel erop worden toegepast. De vraag is dan of de overheid het recht heeft deze verschillen te handhaven. Opnieuw rijst dan de vraag: is er een gewettigde reden om dit te doen? Het argument dat de ene groep meer betaalt aan bijdragen dan de andere, gaat alleen op voor de werknemers en zelfstandigen, niet wanneer men werknemers en overheidspersoneel vergelijkt. Het argument van het uitgesteld loon, dat zegt dat het voordeliger sociale-zekerheidsstatuut van het overheidspersoneel een compensatie is voor de lagere beloning tijdens de actieve loopbaan, gaat in de feiten ook niet op.

Het onderscheid naar de oorzaak van het risico wordt niet behandeld in het preadvies, maar is zeker een punt dat eveneens ter sprake moet komen. Uitgangspunt is dat de sociale zekerheid als doel heeft de aangerichte schade te voorkomen, te herstellen indien voorkomen niet mogelijk is, en te vergoeden indien noch voorkomen, noch herstellen mogelijk is. Bij het voorkomen en herstellen van de schade kan een band met het risico gerechtvaardigd zijn. In het stadium van de vergoeding van de geleden schade echter, mag geen verband bestaan met de oorzaak ervan. Zo is er geen wettige reden of verantwoording om het verschil in vergoeding tussen arbeidsongevallen en beroepsziekten enerzijds en gewone ziekten en ongevallen anderzijds te behouden. De enige reden die nog bestaat is de immuniteit van de werkgever voor civielrechtelijke aanspraken in het geval van de arbeidsongevallen en beroepsziekten, die op zichzelf een anachronisme is.

Een tweede niveau is het verschil in vergoeding tussen werkloosheids- en arbeidsongeschiktheidsvergoedingen. Aangezien het steeds moeilijker wordt om een onderscheid te maken tussen medische en economische redenen voor het verlies van arbeidsinkomen om redenen onafhankelijk van zijn wil, zeker bij langdurige blootstelling aan het risico

(langdurige werkloosheid en invaliditeit), kan men zich afvragen of het onderscheid tussen beide vergoedingen nog in stand moet worden gehouden.

Ten slotte haalde prof. J. Van Langendonck nog aan dat door recente wetgeving de *discriminatie inzake nationaliteit* in de residuaire regelingen nagenoeg is afgeschaft.

De respondent, prof. G. Van Limbergen, wees er eerst op dat een indeling naar de aard van discriminatie lovenswaardig is doch dat een formele indeling ook haar verdiensten heeft, in die mate dat de rechtsbron op basis waarvan de discriminatie wordt vastgesteld, tot uiting komt. Zo rechtvaardigt bijvoorbeeld de Europese wetgeving ongelijke pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen, die is behouden in het stelsel van de zelfstandigen en voor het gewaarborgd inkomen voor bejaarden, doch de nationale norm (art. 6 Gw.) is in dit opzicht strenger en men kan zich afvragen of er nog een wettige reden is om dit onderscheid te handhaven. Het leeftijdsverschil heeft een historische grondslag. Oorspronkelijk schreef de Belgische wet een zelfde pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen voor. In de jaren twintig werd die voor de vrouwen echter verlaagd, als een soort bruggensioen, ter vervanging van de oorspronkelijke eis, die vrouwen minder bijdragen wilde doen betalen, maar die maatschappelijk niet aanvaardbaar was. Deze historische reden is echter achterhaald sinds de Wet-Mainil en ook andere verklaringen, zoals het verschil in gemiddelde leeftijdsduur of het vroeger beginnen of eindigen van de loopbaan, kunnen geen wettige reden zijn voor het behouden van het leeftijdsverschil.

Vervolgens haalde de respondent enkele recente ontwikkelingen in de rechtspraak aan. Sinds de redactie van het preadvies heeft het Hof van Justitie een arrest gevelde waarin het onderscheid naar de gezinssamenstelling in de Belgische werkloosheidsuitkeringen als niet strijdig met het principe van de gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen wordt beschouwd. Het Hof ziet de Belgische werkloosheidsuitkeringen als minimale uitkeringen, ondanks het loongerelateerde karakter, en zegt dat de toeslagen de meerkosten van de gezinslast niet overschrijden. De achtergrond van deze uitspraak is wellicht dat de Belgische regering had gesuggereerd dat de wijzigingen die ze zou aanbrengen, mocht het Hof de reglementering als discriminatoir beschouwen, niet in het voordeel van de verzekerden zouden zijn.

Ten tweede zal het Hof wellicht binnenkort bevestigen dat de derde richtlijn rechtstreekse werking heeft en dat bijgevolg bij de gelijkschakeling van de leeftijd ook alle gevolgen daarvan, met name de berekening van de pensioenloopbaan, ongedaan moeten worden gemaakt.

Ten slotte haalt de respondent aan dat zijns inziens de effecten van de tijdelijke wetgeving niet discriminatoir zijn. Men mag immers feitelijke ongelijkheid niet verwarren met juridisch ongeoorloofde discriminatie.

De respondent eindigt met twee algemene bedenkingen die belangrijk zijn indien men het heeft over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Zo moet men zich afvragen hoe gelijke behandeling in bepaalde gevallen moet worden doorgevoerd. Men moet immers voor ogen houden dat dit kan in de vorm van een gelijkschakeling naar beneden toe. Hij sluit zich daarnaast aan bij de preadviseur wanneer deze naar voren brengt dat het essentieel is de doelstelling van de sociale zekerheid te formuleren, indien men het gelijkheidsbeginsel wil toepassen. Het zal immers pas na toetsing

met deze doelstelling zijn dat men kan evalueren of bepaalde onderscheidingen al dan niet discriminatoir zijn.

De voorzitter geeft daarop opnieuw het woord aan prof. J. Van Langendonck, die inhaakt op de recente uitspraak van het Hof van Justitie i.v.m. de Belgische werkloosheidsreglementering. Het standpunt van de Commissie van de E.G. had doen vermoeden dat België zou worden veroordeeld. De Commissie had immers een onderscheid gemaakt tussen de Nederlandse werkloosheidsreglementering, die een bijstandsregeling is, gericht op de behoefte, en de Belgische, die een verzekeringsregeling is en waarin dezelfde bijdragen dus aanleiding moeten geven tot dezelfde uitkeringen. Het Hof van Justitie heeft dit standpunt niet gevolgd, misschien vooral omdat het Hof een voorzichtigheidshouding aannam, na de negatieve commentaar die ze had gekregen op de Barber-uitspraak. Nochtans kan men het Hof toch gelijk geven, in die zin dat het Belgisch systeem de facto toch een bijstandssysteem is, aangezien in werkelijkheid meestal de forfaitaire maximum- en minimumuitkeringen worden verstrekt, en niet een loonpercentage. Dit in tegenstelling tot landen als Frankrijk, waar tot 90% van het onbegrensde loon als werkloosheidsvergoeding kan worden uitgekeerd. In die zin kan ook de Belgische uitkering als een minimumvoorziening worden beschouwd, waarvoor het normaal is dat deze wordt aangepast aan de familiale toestand.

Discussie

Prof. F. Tanghe wijst op het belang van de vraag naar de doelstelling van de sociale zekerheid in de evaluatie van het gelijkheidsbeginsel. De sociale zekerheid schijnt nog steeds eerder het bewerkstelligen van de bestaanszekerheid voor haar verzekerden tot haar belangrijkste taak te rekenen, en niet de gelijkschakeling. Dit neemt niet weg dat men deze nivellering van haar schijnt te verwachten en dat egalitaristische tendensen opduiken in het maatschappelijk debat omtrent de sociale zekerheid, waarmee dan weliswaar eerder op gelijkheid als maatschappelijk ideaal dan op gelijkheid binnen het rechtssysteem wordt gedoeld. (Dit verklaart misschien gedeeltelijk de verwarring die heerst bij het beoordelen van de wettigheid van bepaalde discriminaties.)

Mevrouw M. Santens, raadshere bij het Arbeidshof te Brussel, wijst op de feitelijke gelijkheid die achter formele ongelijkheden kan schuilgaan. Het verschil in berekening van de pensioenloopbaan tussen mannen en vrouwen speelt op het eerste gezicht in het nadeel van de mannen, die nog steeds meer arbeidsjaren moeten bewijzen. De facto echter hebben de vrouwen die nu met pensioen gaan, veel minder kansen gekregen op de arbeidsmarkt, zijn ze later ingetreden en hebben ze onregelmatig gewerkt, vooral in de periode tussen 1945 en 1955, zodat deze formele ongelijkheid niet overeenkomt met een feitelijke discriminatie van het gros van de mannelijke bevolking.

Prof. H. Deleeck wijst erop dat de formele gelijkheid van art. 6 Gw. inderdaad niet het enige gelijkheidsbegrip is en dat men ook kan spreken over ongelijkheid met een instrumentele betekenis, de positieve discriminatie, waarvan het verschil in pensioenleeftijd dan een voorbeeld zou zijn. Omtrent de oorsprong van dat leeftijdsverschil herinnert prof. J. Van Langendonck aan de historische verklaring ervan, die puur technisch is, eerder aangehaald door prof. G. Van Limbergen. Zij is dus niet gebaseerd op een opvatting over de natuurlijke ongelijkheid van de vrouw.

In verband met het al dan niet discriminatoir karakter van de Belgische werkloosheidsuitkeringen merkt prof. H. Deleeck nog op dat het Hof van Justitie terecht een andere gelijkheidsnorm heeft toegepast naast die van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Door rekening te houden met de gezinssituatie voor de berekening van uitkeringen op een laag niveau, doorkruist hier een sociaal-economische opvatting van gelijkheid die van de gelijkheid tussen mannen en vrouwen. Ook hier blijkt bijgevolg dat de doelstelling van de sociale zekerheid belangrijk is om het discriminatoir karakter van uitkeringen te evalueren.

Ten slotte buigt de Sectie zich over de ongelijkheid tussen de verschillende professionele stelsels van de sociale zekerheid. Prof. W. Van Eeckhoutte valt prof. J. Van Langendonck bij in zijn opvatting dat het onderscheid tussen de verschillende professionele stelsels een ongeoorloofde ongelijkheid doet ontstaan. Om te beginnen is het onderscheidingscriterium waardoor men werknemer of zelfstandige is (de gezagsverhouding), en bijgevolg verschillende aanspraken heeft, zeer labiel en vaag. Bovendien moet men ook hier de vraag stellen naar de doelstelling: wil de overheid een minimale bescherming geven aan al haar burgers, dan is het niet verantwoord dat er zoveel verschillen zijn en dan nog op basis van een zo vaag criterium.

Prof. J. Van Langendonck sluit daarbij aan door te stellen dat niet alleen het onderscheidingscriterium tussen werknemers en zelfstandigen vaag is, maar ook dat tussen werknemers en overheidspersoneel. De aard van de beroepsuitoefening maakt het niet mogelijk een onderscheid te maken: het werk van een vast benoemde verschilt niet in se van dat van een contractuele. Bovendien komt het administratiefrechtelijk onderscheid niet meer overtuigend over: zowel in de particuliere als in de overheidssector worden de werkvoorwaarden op een soortgelijke manier in paritair overleg vastgesteld.

Omtrent het verschillend sociaal statuut van werknemers en overheidspersoneel merkt prof. W. Van Eeckhoutte op dat de verschillen zich voornamelijk op het niveau van het pensioen voordoen, en dat men het argument van het uitgesteld loon om de onderlinge verschillen te verantwoorden toch niet zonder meer van tafel mag vegen. Prof. J. Van Langendonck repliceert daarop dat er inderdaad verschillende doelstellingen zijn, maar dat dit niet verhindert dat men een algemeen wettelijk basispensioen zou kunnen instellen, dat dan zou kunnen worden aangevuld door overheid en bedrijven, naar Brits model.

Prof. G. Van Limbergen haalt de rechtspraak van het Hof van Justitie aan waarin wordt gezegd, naar aanleiding van een vergelijking van het beloningssysteem tussen mannen en vrouwen, dat men in deze materie geen vergelijking moet maken, aangezien dit onvoldoende doorzichtigheid brengt.

Voor zover het gaat om de sociale zekerheid is de enige juridische houvast om te evalueren of de verschillen tussen de professionele stelsels discriminatoir zijn, art. 6 van de Grondwet, dat een onderscheid zou toelaten indien er een wettige reden toe is. Indien men een zelfstandige onderscheidt van een werknemer door als criterium te nemen zijn financieel risico, de investering van kapitaal dat hij riskeert te verliezen, kan het onderscheid wel verantwoord zijn, indien men de sociale zekerheid ziet als het vrijwaren van het beroepsinkomen.

Prof. W. Van Eeckhoutte rondt deze discussie af met de bedenking dat deze denkwijze onmogelijk kan worden gevolgd voor de verantwoording van de discriminaties tussen minimumuitkeringen en uitkeringen op basis van een volbrachte beroepsloopbaan, bijvoorbeeld het feit dat een invaliditeitsuitkering voor zelfstandigen lager is dan het bestaansminimum.

De voorzitter sluit de debatten en dankt iedereen voor zijn medewerking.

Ineke LEEMANS
Assistent Instituut Sociaal Recht
K.U.Leuven

SECTIE VII

Het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht

Prof. L.P. Suetens opende de werkzaamheden van sectie VII door erop te wijzen dat het gelijkheidsbeginsel in het bestuursrecht de laatste jaren een grote evolutie heeft ondergaan. Dit houdt ongetwijfeld verband met het feit dat de – inmiddels gewijzigde – wet van 16 juni 1989 houdende diverse institutionele hervormingen aan de Raad van State de bevoegdheid verleende om de bestreden overheids-handeling te schorsen wanneer ernstige middelen gegrond op de schending van de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet worden aangevoerd, althans op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden handeling een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen. Daar de meeste middelen in het kader van een vordering tot schorsing gebaseerd waren op een schending van het gelijkheidsbeginsel, is de rechtspraak van de Raad van State in dezen dan ook zeer sterk toegenomen.

Vervolgens stelde staatsraad prof. A. Beirlaen het door hem uitgebrachte preadvies voor (*R.W.*, 1991-92, 1223-1228). Prof. J. Gijssels, respondent, reageerde daarop met enige beschouwingen van algemene aard over het begrip «gelijkheid».

In de daarop volgende discussie wordt eerst de vraag gesteld naar de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en de idee van gelijkwaardigheid. Bieden de criteria aan de hand waarvan de schending van het gelijkheidsbeginsel wordt getoetst, voldoende mogelijkheid om de idee van gelijkwaardigheid in aanmerking te nemen?

De verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en de andere algemene rechtsbeginselen geeft eveneens aanleiding tot enige discussie. Het lijkt namelijk moeilijk de diverse algemene rechtsbeginselen op precieze wijze af te bakenen. De algemeenheid en vaagheid van de algemene rechtsbeginselen brengt met zich mee dat de omstandigheid dat een rechtshandeling de toets van een welbepaald algemeen rechtsbeginsel kan doorstaan, niet uitsluit dat eventueel tot een schending van een ander algemeen rechtsbeginsel kan worden besloten. De toepassing van de algemene rechtsbeginselen werkt bijgevolg een bepaalde rechtsonzekerheid in de hand. De verhouding tussen de algemene rechtsbeginselen en het vereiste van rechtszekerheid wordt door sommigen dan ook als problematisch ervaren.

De rechtsonzekerheid speelt overigens niet alleen bij de afbakening van de diverse algemene rechtsbeginselen, maar ook bij de beoordeling ervan die – gelet op het algemeen karakter van de algemene rechtsbeginselen – onvermijdelijk verband houdt met bepaalde maatschappelijke opvattingen.

In dat verband wordt echter opgemerkt dat vertrouwen moet worden gesteld op het algemeen rechtsbewustzijn dat de weergave is van een evaluatie door de samenleving.

Wat betreft de draagwijdte van het gelijkheidsbeginsel, wordt kritiek uitgebracht op de rechtspraak van de Raad van State luidens welke een ongelijkheid die enkel in de onwet-tigheid van de bestreden handeling haar grondslag vindt, geen schending van het gelijkheidsbeginsel uitmaakt. In het kader van de haar door de wet van 16 juni 1989 toegekende schorsingsbevoegdheid heeft de Raad van State namelijk aangenomen dat er slechts tot een schending van het gelijkheidsbeginsel kan worden besloten wanneer de beweerde ongelijkheid op zichzelf een onwettigheid vormt die autonoom grond oplevert tot annulatie. Die rechtspraak van de Raad van State wordt verdedigd op grond dat uit de parlementaire voorbereiding bij de wet van 16 juni 1989 blijkt dat het geenszins de bedoeling van de wetgever was om aan de Raad van State een algemene schorsingsbevoegdheid toe te kennen. Bij de rechtspraak van de Raad van State werd er overigens rekening mee gehouden dat sommige wettelijke of reglementaire bepalingen slechts een concretisering van het gelijkheidsbeginsel zijn zodat een schending van een dergelijke bepaling tevens een schending van het gelijkheidsbeginsel met zich meebrengt. Er bestaat wel een grote tevredenheid dat de wetgever de Raad van State van het keurslijf van het gelijkheidsbeginsel heeft bevrijd en dat de wet van 19 juli 1991 aan de Raad een algemene schorsingbevoegdheid heeft toegekend.

Vervolgens wordt ook ingegaan op de gevolgen van een vernietigingsarrest waarin een schending van het gelijkheidsbeginsel wordt vastgesteld. De mogelijkheid van de overheid om de door de Raad van State vastgestelde onwettigheden te corrigeren, bv. door het nemen van een identieke beslissing die anders of beter wordt gemotiveerd, wordt door velen als problematisch ervaren. Er wordt echter op gewezen dat dit probleem moeilijk kan worden opgelost daar de Raad van State slechts onwettig overheids-handelen kan sanctioneren. De Raad is met name niet bevoegd om de overheid te verbieden een onwettige beslissing op wettige wijze te hernemen. Indien het door de overheid nagestreefde resultaat in werkelijkheid niet toelaatbaar is, bieden de diverse algemene rechtsbeginselen overigens voldoende mogelijkheden om de genomen beslissing door de Raad van State opnieuw te laten vernietigen. Wel wordt erkend dat het – al dan niet op regelmatige wijze – opnieuw nemen van beslissingen die door de Raad van State zijn vernietigd, een groot energieverlies met zich meebrengt.

Nu de schorsingbevoegdheid van de Raad van State sinds de wet van 19 juli 1991 niet langer is beperkt tot de gevallen waarin een schending van de artikelen 6, *6bis* of 17 van de Grondwet wordt aangevoerd, rijst de vraag of het gelijkheidsbeginsel weer niet opnieuw naar de achtergrond zal worden verdrongen. In vele gevallen zal de vaststelling dat de bestreden beslissing niet op in rechte aanvaardbare motieven berust, immers volstaan om tot vernietiging van de aangevochten beslissing te besluiten. Het is dan ook te verwachten dat het gelijkheidsbeginsel als autonoom rechtsbeginsel enigszins aan belang zal inboeten en minstens in samenhang met de andere algemene rechtsbeginselen zal worden ingeroepen. Het gelijkheidsbeginsel zal echter wel zeer actueel blijven in het licht van diverse bestaande en voorge-

stelde maatregelen die voorzien in een stelsel van positieve discriminatie, vooral ten gunste van vrouwen.

Anderzijds mag worden aangenomen dat meer en meer een beroep zal worden gedaan op de algemene rechtsbeginselen in het algemeen. De veelvoudigheid en complexiteit van de wetgeving en de steeds grotere differentiëring van de bevolking in allerlei sociale groepen zullen immers tot gevolg hebben dat de waarden die juristen «rechtsbeginselen» noemen, meer en meer aan bod zullen komen. In dat verband wordt gepleit voor een meer doorgedreven toetsing van administratieve rechtshandelingen aan de algemene rechtsbeginselen. Het gebrek aan rechtszekerheid die de toetsing van het overheidshandelen aan algemene rechtsbeginselen met zich meebrengt, mag niet langer worden ingeroepen tegen de rechtmatige verzuchtingen van de burgers. Het is de wijsheid van de rechter die zal moeten waarborgen dat die wettigheidsstoetsing niet onttaardt in een verdoken opportunistische controle.

Aan het einde van de bespreking wordt nog even ingegaan op de procedures voor de Raad van State. In dat verband wordt de vraag gesteld of aan de Raad van State ook niet de mogelijkheid moet worden toegekend om schadevergoeding toe te kennen. Anderzijds wordt opgeworpen dat de schorsingsprocedure voor de Raad van State evenals de verplichting om bestuurshandelingen formeel te motiveren een zware hypotheek legt op de werking van de besturen. Daarop wordt echter geantwoord dat die regels precies tot doel hebben bij te dragen tot een beter bestuur en dat de overheid zich derwijze moet reorganiseren dat zij die nieuwe regels in acht kan nemen.

David D'HOOGHE

Assistent Staatsrecht (K.U.Leuven)

SECTIE VIII

Ongelijkheid en discriminatie in de verhoudingen tussen leveranciers en afnemers

Voor de goede orde dient de lezer er attent op te worden gemaakt dat dit verslag zich zal beperken tot een weergave van het debat zoals dit op deze sectievergadering werd gevoerd tussen de preadviseur, de respondent en de deelnemers. Wie bij dezen voor het eerst kennis maakt met de inzichten uit de (*New*) *Law and Economics*-stroming (De (*New*) *Law and Economics*, een denkrichting die vanuit de Verenigde Staten naar Europa is overgewaaid, wordt gekenmerkt door een geëigend begrippenapparaat en werkmethode, waarmee het recht economisch wordt geanalyseerd. Voor een inleiding in deze specifieke *Law and Economics*-benadering, weliswaar met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht, verwijs ik naar de monografie van M. Faure en R. Van den Bergh, *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Maklu, Antwerpen, 1989, 386 p.), waarin de rechtsregels – wat deze sectie betreft enkele specifieke deelgebieden van het mededingingsrecht – aan een economische analyse worden onderworpen, zal zich misschien het Danteske «*Lasciate ogni speranza, voi ch'entrate*» herinneren.

De voorzitter, de heer J. Bourgeois, opent de werkzaamheden met de vaststelling dat de standpunten ten aanzien van de in deze sectie ter discussie staande problematiek, respectievelijk geformuleerd door de preadviseur, prof. R. Van den Bergh, en de respondent, I. Verougstraete, raadsheer

in het Hof van Cassatie, haaks op elkaar staan. Aansluitend bij de oorspronkelijke opzet van dit rechtscongres, heeft de preadviseur het geldend recht aan een (economisch geïnspireerde) reflexie onderworpen en daarbij zijn ongenoegen ten aanzien van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in het mededingingsrecht niet onder stoelen of banken gestoken. Dat bepaalde uitspraken van de preadviseur een aantal deelnemers zal «choqueren» is, volgens de voorzitter, niet denkbeeldig.

Het verslag zal de orde van de werkzaamheden volgen, die op voorstel van de voorzitter in drie onderdelen werden verdeeld.

1. De gehanteerde basisconcepten

Prof. Van den Bergh vat zijn betoog aan door zijn standpunt, zoals dit geformuleerd was in het preadvies, samen te vatten als zijnde «een pleidooi voor ongelijkheid». Naar aanleiding van zijn onderzoek van het mededingingsrecht, heeft hij immers keer op keer moeten vaststellen dat het benadrukken van het gelijkheidsbeginsel onvermijdelijk leidt tot conflicten met het beginsel van de mededingingsvrijheid. De mededinging kan, aldus de preadviseur, alleen functioneren wanneer er een voldoende graad van ongelijkheid is. Dienaangaande verwijst hij naar de bevindingen van prof. W. Van Gerven, die vroeger reeds deze spanning tussen gelijkheid en vrijheid had opgemerkt, naar aanleiding van zijn grondslagenonderzoek van het Belgisch economisch recht (Van Gerven, W., «Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht», *S.E.W.*, 1971, 404-429; 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).

Vervolgens wenst de preadviseur de vergadering erop te wijzen dat men het mededingingsrecht slechts aan een correcte economische analyse kan onderwerpen, wanneer men voorafgaand een duidelijk onderscheid maakt tussen *verticale* en *horizontale handelstransacties*. De uitwerkingen van het gelijkheidsbeginsel zijn immers 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. Door in dit laatste geval een beroep te doen op het gelijkheidsbeginsel, is het gevaar dat de karteloverheid, gedreven door een streven naar «rechtvaardigheid», niet-markt-conform gaat optreden, niet denkbeeldig.

Aldus komt de preadviseur tot de kern van zijn betoog. Volgens hem moet niet langer het gelijkheidsbeginsel, maar in plaats daarvan het criterium van «allocatieve efficiëntie» gehanteerd worden als basisuitgangspunt van het mededingingsrecht. Het gelijkheidsbeginsel biedt immers, door zijn vaagheid en conflictverhouding ten aanzien van het beginsel van mededingingsvrijheid, niet steeds een deugdelijke grondslag voor een coherent, welvaartverhogend mededingingsrecht. De rechtspraak met betrekking tot de problematiek van verkoopweigeren maakt dit duidelijk. Het beoordelen van de verkoopweigeren gebeurt volgens de preadviseur immers te vaak aan de hand van argumenten die weinig met economische efficiëntie te maken hebben en zijn veel eerder ingegeven door een overdreven bekommernis om de «eerlijkheid» van de handelstransacties en de bescherming van kleine en middelgrote afnemers, de zogenaamde «tante Emma-winkels». Door zodoende het functioneren van het

mededingingsproces buiten beschouwing te laten, stuit men onvermijdelijk op problemen die slechts ten koste van efficiëntie kunnen worden opgelost. De preadviseur illustreert dit door te verwijzen naar de Amerikaanse Robinson-Patman Act en de Franse Wet Royer, die werden uitgevaardigd ter bescherming van de kleine zelfstandige detailhandelaars, maar niettemin duidelijk aan hun doel zijn voorbijgegaan. Hij wenst daar echter niet verder op in te gaan, daar dit later nog aan bod zal komen bij de bespreking van de problematiek van de verkoopweigerings.

De sectievoorzitter verleent vervolgens het woord aan de respondent, I. Verougstraete, raadsheer in het Hof van Cassatie. In zijn bondige repliek benadrukt deze :

- dat zijn pleidooi – volledig in strijd met de visie van prof. Van den Bergh – er een is pro het gelijkheidsbeginsel ;
- dat de stellingen van de preadviseur geïnspireerd zijn door de inzichten van de Chicago School, welke reeds in de zestig- en zeventiger jaren het Amerikaans mededingingsrecht aan een economische analyse hebben onderworpen ;
- dat de vraag gesteld dient te worden of de «allocatieve efficiëntie», vervat in de door de preadviseur verdedigde welvaartverhogende concurrentiepolitiek, wel effectief kan leiden tot een concurrentieel mededingingsbeleid. Het voorstel van de preadviseur om de inefficiënte kleinhandel door middel van een specifieke wet te beschermen, is volgens de respondent geen voorbeeld van allocatieve efficiëntie. Veel zinvoller zou zijn één wet te hanteren die tegelijkertijd rekening houdt met alle belangen, zowel die van de zwakke detailhandel als die van de mededinging als marktform.

Na die uiteenzettingen van de preadviseur en de respondent, geeft de voorzitter aan de leden van de vergadering de mogelijkheid om te reageren. Allereerst vraagt de preadviseur weer het woord om twee bemerkingen te maken bij de repliek van raadsheer I. Verougstraete. Hij benadrukt met klem :

- dat de basisconcepten die hij hanteert, niet uitsluitend teruggaan op de Chicago School-leer, maar eveneens gereleerd zijn aan de inzichten van de Harvard School – een andere denkrichting uit de Amerikaanse literatuur die het mededingingsrecht in de VSA economisch geanalyseerd heeft. Dienaangaande verwees prof. Van den Bergh naar de monografie van Kaysen, C. en Turner, D.F. uit 1959 (Kaysen, C. en Turner, D.F., *Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis*, Cambridge, Harvard University Press, 1959), waarin bij de beoordeling van het mededingingsrecht, naast allocatieve efficiëntie, tevens rekening wordt gehouden met andere waarden ;

- dat hij geen pleitbezorger is voor het creëren van een specifieke wet ter bescherming van de kleine en middelgrote ondernemingen. Hij vraagt zich echter af hoe en op welke basis de zogenaamde «tante Emma-winkeltjes» dan wel in leven gehouden kunnen worden.

Met betrekking tot deze door de preadviseur geformuleerde vraag, is de respondent de mening toegedaan dat men ten aanzien van inefficiënte detailhandels, zoals onze «tante Emma-winkels», twee totaal verschillende houdingen kan aannemen en dat een keuze voor één van beide niet a priori rationeel zal zijn. Ofwel opteert men voor het inrichten van een beschermingsmechanisme tegen een mogelijke prijzenoorlog van de massadistributeurs. Ofwel laat men de markt haar vrije gang gaan, hetgeen waarschijnlijk zal resulteren in een herstel van het marktevenwicht. De preadviseur

wenst zich echter niet uit te spreken vóór of tegen één van beide opties, maar waarschuwt alleen voor extreme oplossingen zoals een ongebreidelde vrijheid of een bevrozing van de toestand door veelvuldig wetgevend ingrijpen.

Een lid van de vergadering deelt het standpunt dat zich verzet tegen de creatie van één specifieke wet ter bescherming van de detailhandel. Deze spreker meent dienaangaande immers twee argumenten te kunnen aanhalen, namelijk enerzijds het anti-competitief karakter van een dergelijke beschermingsmaatregel en anderzijds de incompatibiliteit van een nationale beschermingswet met de Europese norm van «vrijheid». De respondent is het niet eens met dit tweede argument. Hij wijst de spreker op het feit dat er geen sprake is van enige tegenstrijdigheid tussen onze Belgische Vestigingswet – die men toch kan kwalificeren als een nationale beschermingswet – en de Europese norm van het vrij verkeer van personen, goederen en kapitaal, aangezien de hiërarchie tussen de verschillende normen een belangenafweging en derhalve ook een coëxistentie mogelijk maakt. In casu kan men derhalve stellen dat de economische politiek van de Belgische wetgever, ten tijde van het uitvaardigen van de Vestigingswet, erin bestond de «gelijkheid» te laten prevaleren op de «efficiëntie».

Een andere opmerking uit de zaal viseert de werkmethode en het begrippenapparaat dat prof. Van den Bergh hanteert in zijn preadvies. Volgens deze spreker blijven de basisconcepten hoe dan ook louter economisch van aard, hetgeen impliceert dat zowel «mededinging» als «efficiëntie» geen doelstellingen van het mededingingsrecht kunnen zijn, maar louter zijn ingegeven door een streven naar winst.

Aansluitend bij die opmerking van de spreker, sluit de sectievoorzitter dit eerste deel af met de vaststelling dat uit de tot hiertoe gehouden besprekingen kan worden afgeleid dat «allocatieve efficiëntie» hoe dan ook geen doel op zich is, maar een premisse kan zijn om te komen tot een degelijk mededingingsbeleid.

2. Verkoopweigerings

Prof. Van den Bergh komt tot de vaststelling dat, bij een economische analyse van de verkoopweigerings – die trouwens meestal gekooppelds aan de organisatie van een distributiesysteem –, er in het geldend mededingingsrecht vele inconsistenties aan het licht komen.

Een eerste inconsistentie is volgens de preadviseur terug te vinden in het Europees kartelrecht, om precies te zijn in de techniek van groepsvrijstellingen, geregeld in artikel 85 EEG-Verdrag. Voor sommige distributiesystemen, zoals bijvoorbeeld «alleenverkoop», lijkt men veel soepeler om te springen met het verlenen van groepsvrijstellingen dan voor andere systemen, zoals «selectieve distributie» waar er zelfs geen enkele groepsvrijstelling met een algemeen toepassingsgebied voorhanden is.

Een tweede inconsistentie heeft volgens de preadviseur te maken met de verschillende uitwerking van verkoopweigerings, naargelang deze zich voordoet in het verticaal dan wel in het horizontaal mededingingsproces. Verkoopweigerings in *verticale handelstransacties* zijn efficiëntieverhogende maatregelen, aangezien ze geïnspireerd zijn door de zorg om transactiekosten uit te sparen. De omvang van deze kosten – veroorzaakt bij de totstandkoming en de afwikkeling van transacties – stijgt naar aanleiding van een aantal markt-

gebonden en mensgebonden factoren, met name de onzekerheid over de marktresultaten en de beperking van het aantal handelspartners enerzijds, en de beperkte rationaliteit en het opportunisme anderzijds. Ter illustratie van de transactiekostenbesparende effecten van verkoopweigeren op verticaal niveau, onderwerpt de preadviseur het volgende hypothetisch praktijkgeval aan het oordeel van de deelnemers van de vergadering. Een Italiaanse likeurproducent die de Belgische markt wil veroveren, neemt contact op met een Belgische kleinhandelaar, met het voorstel in België te fungeren als lokale dealer van zijn Italiaanse kruidenlikeur, omdat hijzelf niet voldoende op de hoogte is van de Belgische marktvoorwaarden. Vooraleer de verkoop in België kan doorgaan, moet deze lokale dealer de thuismarkt bewerken door middel van reclamecampagnes, het opzetten van een distributienet, enz., hetgeen enorme transactiekosten met zich meebrengt. Welnu, teneinde deze transactiekosten te beperken, kan het vanuit efficiëntieoverwegingen verkieslijk zijn een beroep te doen op verticale concurrentiebeperkingen (selectieve distributie, verticale prijsbinding), die de lokale dealer – die initieel zware verkoopinspanningen heeft geleverd – beschermen tegen onder andere parallelimport en massadistributeurs die een veel lagere prijs kunnen zetten. De preadviseur merkt op dat, hoewel deze technieken zware inbreuken uitmaken op de EG-concurrentieregels, zij niettemin bijdragen tot een grotere economische efficiëntie. Een verbod van een dergelijke verkoopweigeren, ongeacht zijn juridische grondslag (misbruik van economische machtspositie, strijdigheid met de eerlijke handelsgebruiken,...), heeft derhalve een welvaartverlagend effect. Dit ongewenste resultaat kan echter voorkomen worden wanneer men de reductie van transactiekosten als verweermiddel van de handelaar zal toelaten.

Verkoopweigeren die daarentegen het *horizontaal mededingingsproces* schaden, hebben volgens de preadviseur een ongunstige weerslag op de allocatieve efficiëntie van de betrokken markt, zodat in dit geval de transactiekostenreductie niet als rechtvaardigingsgrond mag worden aangevoerd.

In zijn repliek wil de respondent de beperkte draagwijdte van het concept «allocatieve efficiëntie» aantonen.

Allereerst is hij van oordeel dat allocatieve efficiëntie en transactiekostenbesparing slechts marginale problemen zijn. Bovendien rijst de vraag of, gelet op het feit dat verkoopweigeren zich vaak afspeelt op de rand van de contractuele sfeer zo niet in de precontractuele fase, het criterium van allocatieve efficiëntie ook in dit stadium nog een zeker nut kan hebben. Tot slot kan volgens de respondent de beperkte draagwijdte van het concept «allocatieve efficiëntie» geïllustreerd worden met het volgende extreem voorbeeld. Quid indien een caféhouder, die de toegang tot zijn taverne verbiedt aan Turken, als efficiëntieverweer opwerpt dat hij zijn extreem rechtse klanten zou verliezen indien hij ook Turken zou toelaten. Aangezien de verkoopweigeren in casu enkel is ingegeven door een persoonlijke voorkeur van de handelaar en zeker niet steunt op economische motieven, kan de allocatieve efficiëntie niet als toetssteen worden gebruikt en zal men toch weer z'n toevlucht moeten nemen tot de fundamentele norm van het gelijkheidsbeginsel om dergelijke misbruiken tegen te gaan.

Op de vraag uit deaal of men de contractuele norm van het «rechtmatig vertrouwen» mag laten meespelen in de

beoordeling van de rechtmatigheid van de verkoopweigeren, antwoordt raadsheer Verougstraete dat de schijn die door de verkoper werd gewekt inderdaad een belangrijke rol kan spelen. Bovendien herinnert hij de vergadering eraan dat het in aanmerking nemen van de transactiekostenreductie geen enkele relevantie heeft wanneer deze kosten gemaakt werden vóórdat de transactie tot stand kwam. Bovendien zou dit het gevaar inhouden dat sommige handelaars ertoe gebracht zouden worden om dergelijke voorafgaande kosten bewust te maken om later bij een eventueel verbod van verkoopweigeren over een rechtvaardigingsgrond te kunnen beschikken.

Een geanimeerde discussie ontpopt zich rond het voorheen door de preadviseur geschetste praktijkgeval van de Italiaanse likeurproducent en de Belgische detailhandelaar. Uit de verschillende opmerkingen van de deelnemers aan de vergadering meent raadsheer I. Verougstraete ter afronding van dit tweede deel het volgende besluit te kunnen trekken. Vanuit economisch oogpunt is het voor de producent wellicht meer rendabel de EEG-markt in twaalf nationale markten op te splitsen, waardoor prijsdifferentiaties bewerkstelligd kunnen worden, dan wel te opereren op één grote eengemaakte markt. Nochtans moet in casu de eenmaking van de Europese markt prevaleren op de economisch gekleurde argumenten van «efficiëntie» en «rendabiliteit».

3. Prijsdiscriminatie

Prof. Van den Bergh wenst in de eerste plaats de aandacht te vestigen op het feit dat men voor een behoorlijke economische evaluatie van prijsdiscriminaties vooraf een onderscheid moet maken tussen sporadische en systematische prijsdiscriminaties. Terwijl men *sporadische prijsdiscriminaties* aantreft op concurrentiële markten, zullen systematische prijsdiscriminaties slechts mogelijk zijn wanneer de discriminerende onderneming marktmacht bezit. Sporadische prijsdiscriminaties zijn volgens de preadviseur onvermijdbaar en vormen een essentieel bestanddeel van het proces dat de concurrentiële markt naar haar nieuw evenwichtspunt leidt. Ze zijn immers het gevolg van informatiegebreken inzake de marktvoorwaarden bij een onderneming en ontstaan naar aanleiding van de voortdurende wijzigingen – in tijd en ruimte – die zich op de concurrentiële markten voordoen.

Heel anders is het volgens de preadviseur gesteld met de *systematische prijsdiscriminaties*. Wanneer men deze economisch analyseert, zijn twee elementen van doorslaggevende aard. In de eerste plaats is er de tijdsregelmaat waarmee de discriminatie zich voordoet: ofwel treden ze sporadisch op, ofwel systematisch. In uitzonderlijke gevallen is de tijdsregelmaat niet duidelijk af te lijnen, zodat men zich bevindt in de grijze zone van de intermitterende discriminaties. Een tweede element waarmee men rekening moet houden, is de marktstructuur of de concentratiegraad op de markt: zo zijn er concurrerende markten, markten waar een monopolist werkzaam is, ofwel minder extreme situaties zoals markten met één of meer dominante of semi-dominante ondernemingen. Door deze beide componenten, namelijk de tijdsregelmaat en de concentratiegraad, samen te voegen, komt prof. Van den Bergh tot de volgende zoneafbakening:

– *sporadische prijsdiscriminaties* door een bedrijf op een *concurrentiële markt* (cf. bovenvermelde bespreking) vormen geen probleem en zijn zelfs concurrentiebevorderend;

– *sporadische prijsdiscriminaties* door een monopolist of een dominante onderneming en *systematische prijsdiscriminaties* op een concurrentiële markt - beide worden “onvolkomen discriminaties” genoemd - vormen vanuit concurrentieel oogpunt geen of te verwaarlozen problemen;

– *systematische prijsdiscriminaties* door een monopolist of een dominante onderneming geven aanleiding tot concurrentie beperkende effecten en zullen verder in het betoog aan bod komen;

– *intermitterende prijsdiscriminaties* op een markt waar een dominante of semi-dominante onderneming actief is, vormen een echte probleemzone zodat een nauwgezet onderzoek van alle concrete omstandigheden onontbeerlijk is;

De zone die de preadviseur het meest intrigeert, is deze waar *systematische prijsdiscriminaties* plaatsvinden op een markt waar een monopolist of een dominante onderneming werkzaam is en waar duidelijk welvaarts- en efficiëntieverliezen te onderkennen zijn. Om een goed zicht te krijgen op deze concurrentie beperkende effecten, moet men, volgens de preadviseur, gaan kijken naar de omstandigheden waarin ze optreden. Hij stelt vast dat, om een politiek van prijsdiscriminatie vol te houden, het niet alleen noodzakelijk is dat de verkoper marktmacht bezit, maar hij moet ook de mogelijkheid hebben om de kopers, naargelang de vraagelasticiteit, in verschillende categorieën in te delen en geografisch van elkaar af te scheiden. Wanneer deze twee voorwaarden niet vervuld zijn, kunnen systematische prijsdiscriminaties onmogelijk plaatsvinden, zodat een ingrijpen van het mededingingsrecht volgens prof. Van den Bergh dan ook volkomen uit den boze is. Wanneer de systematische prijsdiscriminaties echter uitgaan van ondernemingen met marktmacht, moet, aldus de preadviseur, de karteloverheid wél ingrijpen omdat er efficiëntieverliezen optreden die automatisch een beperking van de concurrentie tot gevolg hebben. Ter illustratie van situaties waar de karteloverheid terecht en efficiënt is opgetreden, verwijst de preadviseur naar de zaak van de Chiquita-bananen (H.v.J., zaak 27/76, 14 februari 1978, *Jur. H.v.J.*, 1978, 295, ov. 182) en de Vitamienzaak (H.v.J., zaak 85/76, 13 februari 1979, *Jur. H.v.J.*, 1979, 461), en op het nationaal vlak naar de zaak rond de benzineoorlog van oktober 1983 (Brussel, 21 februari 1984).

Voortbouwend op die bevindingen is de preadviseur van mening dat de beoordeling van sporadische prijsdiscriminaties door de voorzitter van de rechtbank een risico inhoudt, aangezien deze, in het licht van de belangen van de individuele handelaar, de prijsdiscriminatie alleen zal toetsen aan de algemene norm inzake eerlijke handelspraktijken en de relevante vraag naar de efficiëntie van de bestreden praktijk – wat volgens de preadviseur een onmisbare beoordelingsfactor is – niet zal worden gesteld. Om derhalve te vermijden dat sporadische prijsdiscriminaties als oneerlijk handelsgebruik worden verboden, is de preadviseur de mening toegedaan dat de enige wetgevende oplossing die hier heil zal brengen, erin bestaat de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel uitdrukkelijk uit te sluiten.

Vervolgens geeft de sectievoorzitter de respondent de gelegenheid om de krachtlijnen van zijn repliek uiteen te zetten, alvorens voor de laatste maal in discussie te treden met de deelnemers aan de vergadering.

Raadsheer I. Verougstraete wenst eerst op te merken dat allocatieve efficiëntie en transactiekostenbesparing – dé twee centrale begrippen in de visie van de preadviseur – op hun beurt kunnen leiden tot bepaalde on-liberale resultaten. Een stelsel van verticale prijsbinding, dat inderdaad kostenbesparend kan zijn, is volgens de respondent inefficiënt wanneer de marginale kosten van de handhaving van dit systeem haar marginale opbrengsten overstijgen, hetgeen resulteert in negatieve winstmarges. Een pleidooi voor de vrijheid van de handelaar, die zo’n verticale prijsbinding oplegt, leidt trouwens onherroepelijk tot fictieve, artificiële ongelijkheid, opgedrongen door de concurrenten met een machtspositie. Een analyse op grond van besparingen van transactiekosten, heeft, in zoverre ze hiertoe beperkt blijft, aldus de respondent, tot gevolg dat maatschappelijk on-economische stelsels worden gehandhaafd.

Vervolgens is de respondent volledig gekant tegen de suggestie van de preadviseur om in de beoordeling van de sporadische prijsdiscriminaties, de bevoegdheid van de voorzitter van rechtbank van koophandel uit te sluiten. Raadsheer Verougstraete vindt dit immers een overdreven sanctie voor een handvol onjuiste rechterlijke beslissingen over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op procedures inzake prijsdiscriminatie. De algemene norm inzake eerlijke handelsgebruiken is volgens de respondent een veel geschikter instrument, omdat dit het de rechter mogelijk maakt, naast economische efficiëntie ook andere, hogere waarden in zijn oordeel te laten meespelen.

Bij die slotwoorden van raadsheer I. Verougstraete, nocht de sectievoorzitter de vergadering uit om zich een laatste maal te beraden over de stellingen die in de bespreking van dit derde deel aan bod zijn gekomen. Daarop komt slechts één reactie uit de zaal van een deelnemer die zich tot prof. Van den Bergh richt met de vraag of een systeem van verticale prijsbinding niet automatisch een fnuiking betekende van het recht op vrije mededinging. De preadviseur meent vooraf in de vraagstelling een nuancering te moeten aanbrengen, aangezien de effecten van een zuiver individuele en een collectieve verticale prijsbinding verschillend zijn. Een constructie zoals een zuiver individuele verticale prijsbinding zal door de producent slechts worden opgezet, wanneer dit zijn output zal verhogen (cf. inzichten van de Chicago School) en heeft niet automatisch een beperking van de concurrentie tot gevolg. Collectieve verticale prijsbindingen zijn, volgens de preadviseur, iets heel anders en kunnen onder bepaalde omstandigheden de motor zijn van concurrentiële marktprocessen.

De sectievoorzitter sluit de werkzaamheden van deze achtste sectievergadering van het XXXVe Rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging af met de vaststelling dat het uitstekend preadvies, de inzet van de respondent en de vruchtbare gedachtenwisseling ongetwijfeld tot een beter inzicht hebben geleid in de problematiek van de ongelijkheid en discriminatie in de verhouding tussen leveranciers en afnemers. Hij voegt daar nog aan toe dat deze vergadering zodoende tegemoet is gekomen aan de oorspronkelijke opzet van dit tweejaarlijks congres, namelijk geen status quaestio-nis van het geldende recht na te streven, maar een forum te zijn voor een inhoudelijke reflexie over dit recht en zijn wenselijke aanpassingen.

Bernadette TUERLINCKX
Assistente Economisch Recht (K.U.Leuven)