

VLAAMSE JURISTENVERENIGING

XXXVIe Wetenschappelijk Congres

RECHT EN (ON)ZEKERHEID

23 april 1994

Universiteit Antwerpen

PROGRAMMA

- 09.30 u. Ontvangst van de deelnemers
- 10.00 u. Verwelkoming door de heer L. Wauters, voorzitter gemeenschappelijk bureau Universiteit Antwerpen
- 10.10 u. Inleiding door prof. dr. J. Laenens, congresvoorzitter
- 10.40 u. Koffiepauze
- 11.00 u. Sectievergaderingen
- 12.30 u. Lunch
- 14.00 u. Sectievergaderingen
- 15.40 u. Koffiepauze
- 16.00 u. Plenum: afronding van de sectievergaderingen door de congresvoorzitter
- 16.15 u. Zekerheid, een waarde in onze samenleving?
Slotrede door prof. dr. H. Crombag, hoogleraar Rijksuniversiteit Limburg en Universiteit Antwerpen (UIA)
- 17.00 u. Toespraak door prof. dr. M. Storme, voorzitter Vlaamse Juristenvereniging
- 17.30 u. Receptie
- 19.30 u. Banket in het Hof van Liere voor deelnemers en hun partner, voorafgegaan door een rondleiding in het Prentenkabinet van UFSIA

Het congres mag rekenen op de financiële steun van de Raad van de Orde van Advocaten van de balie te Antwerpen, de Raad van de Orde van Advocaten van de Balie te Mechelen, de Kamer van Notarissen van het Arrondissement Antwerpen, Swiss-Life (Belgium), Lloyds Bank Antwerpen, UIA, UFSIA

SECTIEVERGADERINGEN

Sectie I. BESTUURLIJKE VRIJHEID GEKLEMD TUSSEN DE BEGINSELEN, INZAKE RECHTSZEKERHEID, WETTIGHEID EN VERANDERLIJKHEID

Voorzitter : K. Rimanque, hoogleraar Universiteit Antwerpen (UIA)
Preadviseur : D. D'Hooghe, deeltijds docent K.U. Leuven
Respondenten : K. Leus, docent V.U.B. en J. Borret, kamervoorzitter Raad van State

Sectie II. DE IMPACT VAN DE MEDISCHE WETENSCHAP EN -TECHNIEK OP HET PERSONEN- EN FAMILIERECHT

Voorzitter : F. Van Neste, hoogleraar Universiteit Antwerpen (UFSIA)
Preadviseur : E. Guldix, hoofddocent V.U.B.
Respondenten : F. Heyvaert, hoogleraar Universiteit Antwerpen (UIA) en R. Uyttendaele

Sectie III. INFORMATIE OVER ANDERMANS VERMOGEN. BELANGENAFWEGING TUSSEN HET RECHT OP PRIVACY VAN DE SCHULDENAAR EN HET RECHT OP INFORMATIE VAN DE SCHULDEISER

Voorzitter : I. Verougstraete, raadsheer in het Hof van Cassatie
Preadviseur : A. Verbeke, hoofddocent K.U. Leuven, docent Universiteit Antwerpen (UIA)
Respondenten : E. Dirix, hoogleraar K.U. Leuven en H. Geinger, deeltijds docent V.U.B.

Sectie IV. WERKZAAMHEID VAN GERECHTELIJKE UITSPRAKEN T.A.V. DERDEN

Voorzitter : G. Delvoie, raadsheer Hof van Beroep Brussel
Preadviseur : P. Taelman, assistent Universiteit Gent
Respondenten : P. Lemmens, hoogleraar K.U. Leuven, en J. Velaers, hoofddocent Universiteit Antwerpen (UFSIA)

Sectie V. SOCIALE-ZEKERHEIDSRECHT EN RECHTS(ON)ZEKERHEID, RECHT EN SOCIALE (ON)ZEKERHEID

Voorzitter : W. Van Eeckhoutte, hoogleraar Universiteit Gent
Preadviseur : G. Van Limberghen, docent V.U.B.
Respondenten : A. Van Regenmortel, docent Universiteit Antwerpen (UIA), en D. Simoens, hoogleraar K.U. Leuven

Sectie VI. RECHTS(ON)ZEKERHEID IN MATERIEEL EN FORMEEL STRAFRECHT EN HET STRAFRECHTELIJK LEGALITEITSBEGINSEL

Voorzitter : C. Van den Wyngaert, hoogleraar Universiteit Antwerpen (UIA)
Preadviseur : P. Traest, docent Universiteit Gent
Respondenten : F. Deruyck, assistent V.U.B., en R. Verstraeten, hoofddocent K.U. Leuven

Sectie VII. RECHTSONZEKERHEID INZAKE FISCALE WETGEVING

Voorzitter : S. Van Crombrugge, hoogleraar Universiteit Gent, hoofddocent Universiteit Antwerpen (UIA)
Preadviseur : R. Deblauwe, fiscaal jurist
Respondenten : B. Peeters, hoofddocent Universiteit Antwerpen (UIA) en P. Van Orshoven, hoogleraar K.U. Leuven

ZEKER WETEN ?

ENKELE RECHTSFILOSOFISCHE EN RECHTSTHEORETISCHE OPMERKINGEN OVER RECHTSZEKERHEID¹

«Im Recht ist nichts sicher,
ist jedoch alles möglich»

Ludwig Zalckmann
(*Nachgelassenes Werk*, Band I, 209, nr. 64)

I. Inleiding: enkele verschijningsvormen van rechtszekerheid

1. Een omschrijving van het begrip «rechtszekerheid» is niet eenvoudig te geven, omdat het begrip in verschillende perspectieven kan worden bekeken. Een aantal omschrijvingen leren dat het zeer verschillende ladingen kan dekken.

2. In een eerste omschrijving achten sommigen het begrip «rechtszekerheid» identiek met het begrip «rule of law»² of met de rechtsstaatsidee, de idee dat ook de overheid aan regels gebonden is. Daar staat tegenover dat, ook al is de normproductie van de overheid aan regels gebonden, deze toch dermate omvangrijk kan worden, dat er van zekerheid nog nauwelijks sprake is, hoewel de «rule of law» werd gerespecteerd³. Hieruit valt af te leiden dat rechtszekerheid slechts één van de doelen van de rechtsstaatsidee kan zijn, en er niet mee samenvalt. Dit is de conclusie waartoe onder meer Hayek komt wanneer hij stelt dat de «rule of law»-doctrine vier vereisten aan rechtsregels oplegt: algemeenheid, gelijkheid, *zekerheid* en de mogelijkheid om overheidsbeslissingen in rechte aan te vechten⁴. Rechtszekerheid maakt deel uit van de rechtsstaatsdoctrine maar valt er dus niet

mee samen. Overigens werd er ook elders (zij het om andere redenen) op gewezen dat de rechtsstaat er niet in geslaagd is om zijn belofte van de zekerheid die men kan verwachten van het op tekst gestelde recht, waar te maken⁵. Indien al rechtszekerheid niet de enige waarde is die onder de noemer van de Rechtsstaat kan worden ondergebracht, dan kan men zich toch niet van de indruk ontdoen dat hier een belangrijke morele waarde aan de orde wordt gesteld.

3. Een tweede inleidende opmerking over rechtszekerheid houdt in dat «rechtszekerheid» niet identiek is met «wetszekerheid». Wetten kunnen veranderen, en dat is op zich niet problematisch⁶. Leoni merkt in dit verband op:

«The certainty of the law, in the sense of a written formula, refers to a state of affairs inevitably conditioned by the possibility that the present law may be replaced at any moment by a subsequent law. The more intense and accelerated is the process of law-making, the more uncertain will it be that present legislation will last for any length of time. Moreover, there is nothing to prevent a law (...) from being unpredictably changed by another law no less 'certain' than the previous one⁷.»

4. De vraag is immers niet of wetten kunnen of mogen veranderen, maar wel onder welke voorwaarden, bv. op grond van een veranderingsregel of «rule of change»⁸, hoe

¹ Onze dank gaat uit naar de heer M. Adams, wiens belangstelling het intellectuele ver overstijgt. De heer F. Geuens hielp ons bij het opzoekingswerk en mr. B. Verstraete zorgde voor sterke steun op moeilijke momenten. De auteur blijft nochtans voorstander van de persoonlijke aansprakelijkheidsleer wat betreft de inhoud van de tekst. Bij het ter perse gaan van de tekst verscheen de tekst van de acta van het colloquium dat werd georganiseerd door de «Conférence libre du Jeune Barreau» te Luik op 14 mei 1993, met als thema «La sécurité juridique». Deze publikatie kon evenwel niet meer worden verwerkt in de reeds beëindigde tekst.

² PECZENIK, A., «Prima-facie values and the law», *Poznan Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities*, 1991, 100.

³ Over de groeiende omvang van de wetgeving zie men o.m. NOLL, P., *Gesetzgebungslehre*, Reinbeck, RORO, 1973, 164; GROLL, K.-M., *In der Flut der Gesetze – Ursache – Folgen – Perspektiven*, Düsseldorf, Droste, 1985, 11; Ripert had in 1955 reeds opgemerkt: «Le législateur est perdu dans l'abondance de son oeuvre» (RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, Parijs, L.G.D.J., 1955, 350); WINTGENS, L.J., «Rationeel recht. Een rechtsfilosofisch en rechtstheoretisch essay over wetgevingstheorie», *T.P.R.*, 1992, 703-751.

⁴ HAYEK, F.A., *The Constitution of Liberty*, Londen, Routledge and Kegan, 1960.

⁵ VAN GUNSTEREN, H.R., *The Quest for Control*, Londen, 1976, 85-86.

⁶ VOGEL, K., «Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht», *Juristenzeitung*, 1988, 833 e.v.; TULKENS, F., «La sécurité juridique: un idéal à reconsidérer», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1990, 37, met verwijzing naar BENTHAM. Vgl. evenwel CAMPBELL, T.D., «Formal Justice and Rule Change», *Analysis*, 1973, 113-118. Deze auteur merkt op dat verandering van de rechtsregel een formele onrechtvaardigheid tot stand brengt omdat gelijke gevallen niet (meer) gelijk worden behandeld door de uitvaardiging van nieuwe regels. Ook het Arbitragehof besliste dat de wetgever het gelijkheidsbeginsel miskent wanneer hij bepaalde grondbeginselen van de Belgische rechtsorde miskent (Arbitragehof, 23 mei 1990, nr. 18/90, B.S., 27 juli 1990).

⁷ LEONI, B., *Freedom and the Law*, Indianapolis, Liberty Fund, 1991, 80.

⁸ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1981, 93-96.

vaak ⁹ en onder welke omstandigheden ¹⁰. Dit brengt ons bij een andere opvatting over rechtszekerheid, nl. rechtszekerheid als «voorspelbaarheid» ¹¹. In deze opvatting staat de «berekenbaarheid» van het recht voorop, en dit impliceert dat het rechtssubject vooraf moet kunnen weten wat hem te wachten staat ¹². In een iets algemenere zin zouden we deze opvatting van rechtszekerheid kunnen omschrijven als een vorm van stabilisering van het recht, waarvoor verschillende argumenten mogelijk zijn. Dat retroactieve wetgeving een schending uitmaakt van artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek spreekt onzes inziens vanzelf ¹³. Door retroactieve wetgeving wordt de burger namelijk *moreel* gezien niet ernstig genomen, aangezien hij wordt onderworpen aan regels die hij op het moment van zijn handeling niet kon kennen. Dergelijke regels zijn dan ook volstrekt immoreel.

5. De gedachte van rechtszekerheid als voorspelbaarheid gaat terug op het werk van Max Weber. Rechtszekerheid is in die gedachtenlijn een noodzakelijke voorwaarde opdat de moderne kapitalistische maatschappij die na de Franse revolutie is ontstaan, kan functioneren. De voorspelbaarheid van beslissingen werd dan ook in de hand gewerkt door de bureaucratisering van de politieke macht en door de professionalisering van het recht ¹⁴.

6. Wat bij deze opvatting over rechtszekerheid opvalt, is dat ze doorgaans beperkt wordt tot voorspelbaarheid van de *rechtspraak* ¹⁵. Er is evenwel geen reden om aan te nemen

dat, vanuit rechtswetenschappelijk oogpunt, rechtszekerheid wezenlijk als iets anders moet worden beschouwd in de rechtspraak of in de wetgeving ¹⁶. De beperking van de rechtswetenschap tot de rechtspraakwetenschap is reeds vaker bekritiseerd ¹⁷. Het is immers niet zo dat de wetgever de rechtszekerheid volkomen naast zich neerlegt of kan neerleggen ¹⁸.

7. In de eerste plaats is er artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek dat een algemeen verbod op retroactiviteit instelt ¹⁹, wat minstens voor rechtsregels in de materiële zin kan leiden tot een toetsing aan artikel 107 van de Grondwet. Overigens heeft het Hof van Cassatie recent beslist dat het «recht op rechtszekerheid» een algemeen rechtsbeginsel is, dat inhoudt dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat door hem niet anders dan als een vaste gedrags- of beleidsregel van de overheid kan worden opgevat ²⁰.

8. Voor rechtsregels in de formele zin zou men kunnen argumenteren dat retroactiviteit van een regel valt onder de theorie die het Arbitragehof heeft uitgewerkt met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel. Met name stelt het Arbitragehof dat de wetgever het gelijkheidsbeginsel schendt wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel. In die zin zal retroactieve wetgeving als middel om een bepaald doel na te streven aan de controle van het Arbitragehof kunnen worden onderworpen ²¹.

9. Maar retroactiviteit (en de daarmee gepaard gaande onvoorspelbaarheid van de regel) geldt ook als regel in de rechtspraak. Immers, indien men zou toelaten dat de rechter rechtscheppend optreedt, met miskennis van het beginsel

⁹ FULLER, L.L., *The Morality of Law*, New Haven/Londen, Yale Univ. Press, 1969², 79-80.

¹⁰ CAMPBELL, T.D., «Formal Justice and Rule Change», 115 e.v. Vgl. VAN DUN, F., *Het fundamenteel rechtsbeginsel. Een essay over de grondslagen van het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 484 e.v.

¹¹ KWANT, R.C., «De paradox van de rechtszekerheid en rechts-onzekerheid», *Recht als instrument van behoud en verandering. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.J.M. van der Ven*, Kluwer, Deventer, 1972, 103 e.v. De auteur maakt het onderscheid tussen rechtszekerheid als «voorspelbaarheid» en rechtszekerheid als existentiële zekerheid. We zullen op dit onderscheid verder in deze verhandeling terugkomen. Vgl. SHKLAR, J.N., *Legalism, Law, Morals and Political Trials*, Cambridge (MA), Harvard Univ. Press, 1986, 60; RAWLS, J., «Two Concepts of Rules», *Philosophical Review*, 1955, 3-32.

¹² Zie o.m. OPALEK, K., «The Rule of Law and Natural Law», *Festkrift till Olivecrona*, Stockholm, Norstedt, 1964, 497 e.v.; LEONI, B., *Freedom and the Law*, 72, met verwijzing naar Hayek («as a general rule, circumstances which are beyond his [the individual's] field of vision must not be made a ground for coercion»); DRION, H., «Het rechtszekerheidsargument», *De hanteerbaarheid van het recht. Opstellen aangeboden aan M.R. Pels Rijcken*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1981, 3.

¹³ Zie hieromtrent uitvoeriger VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, OPDEBEECK, I. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 117-167, i.h.b. 125-127.

¹⁴ WEBER, M., *Histoire économique: esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, Parijs, Gallimard, 1992. Een soortgelijke gedachtengang vinden we terug bij HAYEK, F., *The Constitution of Liberty*, 36 e.v.; vgl. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, v° «Sécurité», Arnaud, A.-J. (red.), Parijs, L.G.D.J., 1988, 367; TULKENS, F., «La sécurité juridique: un idéal à reconsidérer», 25 e.v.

¹⁵ O.m. PELS-RIJCKEN, L.D., «Rechtszekerheid, assepoester van rechtsvindingstheorieën», *Non sine causa. Opstellen aangeboden aan G.J. Scholten*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1979, 311 e.v. Ook De

Vreese beperkt onzes inziens het probleem van de rechtszekerheid tot het domein van de interpretatie van de wet, en dus behorend tot het domein van de rechtspraak: DE VREESE, A., «De taak van het Hof van Cassatie», *T.P.R.*, 1967, 583 e.v.; VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 343; SCHMIDT, M., *Rechtssicherheit*, Frankfurt, Beck, 1938, 23 e.v.; HOUWING, Ph. A.N., «Zekerheid omtrent het recht», *Geschriften van Houwing*, Deventer, Kluwer, 1972, 199 e.v.

¹⁶ DE HARVEN, *Liberté et Sécurité contractuelles*, in *Actualités sociales*, Brussel, Office de Publicité, 1945, 89. Vgl. GEELHAND, N., «Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1989, nr. 25.

¹⁷ Zie o.m. NOLL, P., *Gesetzgebungslehre*, 18 e.v.; Id., «Von der Rechtssprechungs- und Gesetzgebungswissenschaft», *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, III, 1971, 523; MÄDER, L., *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique de la législation*, Lausanne, Payot, 1985, 12.

¹⁸ We verwijzen hierbij naar het eerder geciteerde arrest van het Arbitragehof van 23 mei 1990.

¹⁹ Zie OST, F., «L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur», *L'interprétation en droit*, VAN DE KERCHOVE, M. (red.), Brussel, Publ. Fac. Univ. St.-Louis, 1978, 165; Cass. (Ver. Kamers), 27 november 1952, *Pas.*, 1953, I, 184, met concl. Cornil; Cass., 22 oktober 1970, *R.W.*, 1970-71, 1179; Cass., 14 maart 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 785.

²⁰ Cass., 27 maart 1992, *R.W.*, 1991-92, 1466-67; Cass., 10 juni 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 1313. Soms lijkt retroactieve regelgeving evenwel niet uit te sluiten en zelfs noodzakelijk; zie FULLER, L.L., «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, 1957-58, 650-651; MUNZER, S.R., «A Theory of Retroactive Legislation», 61 *Texas Law Review*, 1982, 425 e.v.; Id., «Retroactive Law», 6 *Journal of Legal Studies*, 1977, 373 e.v.

²¹ Vgl. Arbitragehof, 5 juli 1990, *B.S.*, 1990, 19205.

van de scheiding der machten dus, dan is de door hem uitgevaardigde regel per definitie retroactief. De *nieuwe* regel die door hem wordt uitgevaardigd (en toegepast) ter gelegenheid van een geschillenbeslechting, wordt toegepast op feiten die zich hebben voorgedaan vóór de rechter zijn beslissing geeft ²².

10. Het bovenstaande brengt er ons toe het begrip rechtszekerheid niet te beperken tot de rechtspraak en de voorspelbaarheid daarvan. Uiteraard zal het nodig zijn de verste nuances aan te brengen wanneer zal worden gehandeld over rechtszekerheid vanuit het standpunt van de wetgever dan wel van de rechter. Wat we echter als uitgangspunt vooropstellen, is dat er geen reden bestaat om rechtszekerheid als wezenlijk anders te beschouwen al naargelang de actor vanuit wiens standpunt het recht wordt benaderd. Veeleer zullen we uitgaan van rechtszekerheid als stabiliteit van het rechtssysteem in zijn geheel, om vervolgens te onderzoeken hoe deze stabiliteit wordt gerealiseerd.

11. Een derde inleidende opmerking heeft betrekking op het onderscheid tussen het continentale en het Angelsaksische rechtsdenken. Uitgaande van het feit dat in de common law het ongeschreven recht als belangrijkste rechtsbron gold, kon worden aangevoerd dat een gecodificeerd rechtssysteem meer zekerheid biedt vanwege het tekstkarakter van de regel. Niet-tekstgebonden rechtssystemen zouden minder zekerheid bieden.

12. Deze opvatting is sedert lang achterhaald ²³. Hiervoor kunnen verschillende redenen worden aangegeven. Indien het zo is dat de codificaties in het begin van de 19e eeuw deels te verklaren zijn als een reactie tegen de willekeur van de rechterlijke macht en dus als een poging tot het realiseren van meer zekerheid voor het rechtssubject ²⁴, dan mag niet uit het oog worden verloren dat in het «common law»-systeem de regel van de *stare decisis* geldt ²⁵. Deze regel houdt in dat rechters in principe aan uitspraken van hiërarchisch hogere rechtbanken gebonden zijn, alsmede aan hun eigen uitspraken. Ook de House of Lords achtte zich tussen 1889 ²⁶ en 1966 ²⁷ aan zijn eigen uitspraken gebonden waardoor deze nog slechts door de wetgever konden worden ge-

wijzigd ²⁸. De binding van de rechter aan de regel «*stare decisis*» betekent dan ook dat zijn vrijheid aan banden wordt gelegd ten gunste van de rechtszekerheid ²⁹. Tegenover de formele binding van de rechter aan het precedent bestaat echter de feitelijke praktijk van het zg. «*distinguishing*», waardoor soms nodeloos ingewikkelde constructies worden bedacht teneinde toch een zekere ontwikkeling in het recht toe te laten, hoewel dit eigenlijk niet gezegd wordt. In het perspectief van een continentaal rechtssysteem kan anderszids ook niet meer volgehouden worden dat de rechter de wettelijke regel slechts «toepast» zonder meer, d.i. zonder enig waardeoordeel, zonder enige interpretatiearbeid, etc. ³⁰ De zekerheid die het tekstkarakter van het recht biedt, dient dan ook te worden gerelativeerd.

13. De voorgaande opmerkingen hebben tot doel aan te geven dat rechtszekerheid geen eenvoudig verschijnsel is dat op een eenduidige wijze kan worden bestudeerd. De navolgende uiteenzetting wordt in de volgende delen onderverdeeld. In het eerste deel zullen we rechtszekerheid bestuderen als *dogmatisch* aspect van het recht. In het tweede deel zullen we trachten aan te tonen dat een beroep op rechtszekerheid als de hoogste waarde in een rechtssysteem een aantal andere waarden en argumenten buiten beschouwing laat, wat ons zal toestaan rechtszekerheid als een *epistemologisch obstakel* te kwalificeren.

II. Rechtszekerheid als dogmatisch aspect van het recht

14. De stelling die in deze paragraaf beargumenteerd zal worden, is dat rechtszekerheid het resultaat is van een filosofisch-politieke stellingname die door de rechtsdogmatiek wordt bevestigd. Het is de taak van de dogmatiek om, middels het argument van de rechtszekerheid, de filosofische grondslagen van het recht te bewaren. Hieraan zijn een aantal gevolgen verbonden voor het beeld dat op die manier van het recht wordt gegeven en/of dat het recht van zichzelf geeft.

15. Hierboven werd reeds aangegeven dat de codificatiebeweging bij het begin van de 19e eeuw onder meer was geïnspireerd door een verzet tegen de willekeur van de rechterlijke macht. Dit is een historisch-empirische verklaring, die kan worden aangevuld met een filosofisch argument. Foché en 't Hart hebben erop gewezen dat de verlichtingsfilosofen de positie en de ontplooiing van de individuele persoon – zowel die van het subject als die van het object van

²² DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge (MA), Harvard Univ. Press, 1986, 155 e.v.

²³ Zie daaromtrent de magistrale bladzijden in HAYEK, F.A., *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, I, Londen, Routledge & Kegan Paul, 1982, 115 e.v.; POUND, R., «The theory of judicial decision», *Harvard Law Review*, 1936, 52 e.v. Zie ook KOTTENAGEN, R.J.P., *Van precedent tot precedent*, Arnhem, Gouda Quint, 1986, 51 e.v.; LEONI, B., *Freedom and the Law*, 71.

²⁴ GILISSEN, J., *Historische inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 198 en 238; Id., «Individualisme et sécurité juridique: la prépondérance de la loi et de l'acte écrit au XVI^e siècle dans l'ancien droit belge», *Individualisme et Société à la Renaissance. Travaux de l'Institut pour l'Etude de la Renaissance et de l'Humanisme*, Brussel, U.L.B., 1967, 33-58.

²⁵ Cf. LEONI, B., *Freedom and the Law*, 86: «My point is that courts of judicature could not easily enact arbitrary rules of their own in England, as they were never in a position to do so directly, that is to say, in the usual, sudden, widely ranging and imperious manner of legislators.»

²⁶ The London Tramways v. London County Council, (1898), A.C., 375.

²⁷ Practice Statement door Lord Gardiner LC, 26 juli 1966; zie hierover verder CROSS, R., HARRIS, J.W., *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon, 1991, 102 e.v.

²⁸ Zie in dat verband de nieuwe uitgave van CROSS, R., *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon, 1991.

²⁹ DE GROOTH, G., *Enige beschouwingen over de conflicten tussen rechtszekerheid en levend recht*, Leiden, Univ. Pers., 1947, 6 en 8: «Het hoeft weinig betoog, dat het systeem van het bindende precedent uiteindelijk leidt tot een hoe langer hoe meer in omvang toenemend geheel van vaste rechtsregelen, slechts verschillende van een codificatie door de wijze, waarop deze regelen tot stand komen.»

³⁰ HEUSINGER, B., *Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung*, Berlijn, Heymans, 1975, 5. Vgl. VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen/Zwolle, Standaard/W.E.J. Tjeenk Willink, 1973.

de macht – inzichtelijk probeerden te maken door zijn functioneren te beschouwen als interactie binnen rationaliseerbare contexten³¹. Een dergelijke rationalisatie impliceert een volledige transparantie van de actor en van de handelingscontext, zowel tegenover zichzelf als tegenover de anderen. De hypothetische grondslag van dit mensbeeld wordt goed geïllustreerd door de volgende passage uit *Du contrat social* van Rousseau:

«Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout.»³²

16. Het is op dit hypothetisch moment van het sociaal contract dat een transformatie van «mens» tot «burger» wordt bewerkstelligd, die maakt dat de burger thans slechts is wat hij is door het interactiesysteem waarin hij zich heeft ingeschreven³³. Deze transformatie is niet te situeren op een mystiek moment, maar wordt teruggevoerd op een rationele wilsdaad, die evenwel slechts hypothetisch is, maar daarom niet minder noodzakelijk als vooronderstelling. Die transformatie van de mens tot burger zal verder worden gestuurd door het recht zelf dat (onder meer wat zijn positiviteit betreft)³⁴ ook op het sociaal contract gebaseerd is. Een en ander brengt met zich mee dat een nieuw maatschappijbeeld tot stand komt waarin doorzichtigheid en rechtszekerheid als voorspelbaarheid de belangrijke doelstellingen zijn³⁵. Maar reductie van de codificatiegedachte³⁶ tot een (historisch gesitueerd) verlangen naar zekerheid alleen verbergt dat er eigenlijk een geheel nieuw mensbeeld wordt voorgesteld³⁷. Het rechtssubject of burger wordt voorgesteld als een autonoom, rationeel en voorspelbaar subject, en het nieuwe maatschappelijke ideaal wordt weerspiegeld in een *regelsysteem*³⁸ dat transparantie garandeert en dus de onzekerheid van het revolutionaire activisme doet vergeten³⁹. Het ideaal van transparantie impliceert meteen ook de logica van het instrumentalisme. Als het maatschappelijk geheel namelijk doorzichtig is, kan er ook gemakkelijker worden ingegrepen. Het ligt dan ook voor de

hand dat gemakkelijk naar het recht zal worden gegrepen als instrument om een bepaalde maatschappelijke toestand tot stand te brengen of te wijzigen.

17. Dit gepositieerde regelsysteem was in de ogen van de codificatoren niet volledig, maar paradoxaal genoeg kan tegelijk ook het omgekeerde worden beweerd. Immers, wanneer Portalis van mening is dat het ontbreken van een wettelijke norm de rechter nog niet in een normatief vacuüm plaatste, dan diende de rechter een oplossing te zoeken, hetzij via verdere wetsinterpretatie, hetzij in de buitenwettelijke normen van natuurrecht of gewoonterecht⁴⁰.

18. In deze paradoxale «openheid-geslotenheid» van het juridisch regelsysteem blijkt de *geslotenheid* toch dominant te zijn. Immers, het rechtssysteem wordt voorgesteld als afgeleid uit een rationeel natuurrecht⁴¹ waarin de hele normatieve werkelijkheid vervat ligt. Het rechtssysteem is dan, zoals Foqué en 't Hart het terecht stellen, de voorstelling van de werkelijkheid zelf⁴² en niet een constructie van de wetgever⁴³.

19. De bestudering van het recht door de rechtswetenschap of de dogmatiek is dan op te vatten als een beschrijving en systematisering van het geldende recht⁴⁴. De typische benadering van de dogmatiek bij de 19e-eeuwse commentatoren wordt omschreven als de methode van de exegetische, het nauwlettend beschrijven en commentariëren van

³¹ FOQUÉ, R., en 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen, Gouda Quint/Kluwer, 1990, 43 en 184 e.v.

³² ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, Parijs, Flammarion, 1966, 52.

³³ Vgl. MIAILLE, M., *Une introduction critique au droit*, Parijs, Maspero, 53.

³⁴ WINTGENS, L., *Rechtspositivisme en wetspositivisme. Een rechtsfilosofische en rechtstheoretische studie*, Brussel, Story-Scientia, 1992, 72 e.v.

³⁵ FOQUÉ, R. en 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, 43.

³⁶ Terecht wijst Hill op een aantal andere functies van de codificatie, zoals met name het rationaliseren van verwachtingen, doorgedreven verrechtlijking, e.d., naast de mogelijkheid van voorspelbaarheid en berekenbaarheid; men zie HILL, H., *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg, Müller, 1982, 28.

³⁷ FOQUÉ, R. en 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, 44; ARNAUD, A.J., *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Parijs, P.U.F., 1975.

³⁸ FOQUÉ, R. en 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, 44.

³⁹ Id., *ibid.*, 47; EDELMAN, B., *L'homme des foules*, Parijs, Payot, 1981, 181 e.v.

⁴⁰ Zie BOUCKAERT, B., *De exegetische school. Een kritische studie van de rechtsbronnen- en interpretatieleer bij de 19de-eeuwse commentatoren van de Code civil*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, 175; MIEDZIANAGORA, J., *Philosophies positivistes du droit et droit positif*, Parijs, L.G.D.J., 1970, 97-101; WIARDA, G.J., *Drie typen rechtsvinding*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1980², 15.

⁴¹ HABERMAS, J., «Natuurrecht und Revolution», in *Theorie und Praxis*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1972, 89 e.v.; POUND, R., «Natural Natural Law and Positive Natural Law», *Natural Law Forum*, 1960, 75 e.v.; PERELMAN, C., «La loi et le droit», *Le raisonnement et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Parijs, L.G.D.J., 1984, 29; WINTGENS, L.J., *Rechtspositivisme en wetspositivisme*, 221; DUPONT, L., *Beginnelen van behoorlijke strafrechtsbedeling. Bijdrage tot het grondslagenonderzoek van het strafrecht*, Antwerpen/Arnhem, Kluwer, 1979, 101-102; SANDWEG, J., *Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis. Untersuchungen zur 'Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte' von 1789*, Berlin, Duncker & Humblot, 1972, 295; BOUCKAERT, B., *De exegetische school*, 230 e.v.

⁴² FOQUÉ, R. en 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, 61.

⁴³ Aldus P. GIDE, geciteerd in ARNAUD, A.-J., *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, 117-118: «(...) les institutions juridiques ne sont pas des produits artificiels du législateur ou de la jurisprudence: la substance en est fournie par les idées simples et fondamentales que les hommes se font sur la patrie, sur la famille, sur appropriation des biens; elle est fournie encore par les besoins légitimes du commerce entre les hommes. Le Droit reçoit cette matière et lui donne forme.»

⁴⁴ Vgl. AARNIO, A., *Denkweisen der Rechtswissenschaft. Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung*, Weenen/New York, Springer, 1979, 33; GJUSELS, J. en VAN HOECKE, M., *Wat is rechtstheorie?*, Antwerpen/Zwolle, Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink, 1982, 71; BAX, C.J., *De geslotenheid van het recht. Een onderzoek naar de structuur van het juridisch discours aan de hand van konversie van rechtshandelingen*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1986, 130 e.v.; OST, F. en VAN DE KERCKHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Brussel, Publ. Fac. Univ. St.Louis, 1987, 44, met verwijzingen.

de tekst van de wet. Het is in deze beschrijving dat we wellicht het best kunnen zien in welke mate deze wetenschappelijke activiteit wordt beïnvloed door een politieke idee, die ervoor zorgde dat het natuurrechtsdenken plaats maakt voor een rationalistische benadering van het recht die nog wel wordt voorgesteld als afgeleid uit het natuurrecht. Terwijl het natuurrechtsdenken op het einde van de 18e eeuw werd gebruikt door de opkomende burgerij om zich af te zetten tegen de feodale machtsstructuren, zal het positivisme als methode een nuttig instrument blijken te zijn in handen van de bourgeoisie die, als ze zich eenmaal heeft kunnen realiseren als aparte stand, zich zal beroepen op de Code Napoléon om de status quo van haar positie te blijven handhaven. De methode van de exegese bleek daartoe een uiterst geschikt middel te zijn ⁴⁵. Het valt daarbij op dat waardenvrijheid en «neutraliteit» bij de bestudering van het recht aan de orde van de dag zijn ⁴⁶.

20. Hier wordt wellicht duidelijk dat, wanneer het argument van de rechtszekerheid wordt ingeroepen ter ondersteuning van een dergelijke interpretatiemethode, er eigenlijk veel meer aan de hand is dan het beschermen van een ideaal van vrijheid van het individu tegenover de overheid of van het recht als afbeelding van een maatschappelijke werkelijkheid die volkomen transparant is ⁴⁷. Rechtszekerheid wordt vaak in het eerste perspectief bekeken, zoals we eerder al schreven, en dit vanuit de gedachte dat het recht (en dan meer specifiek de concretisering ervan in de rechtspraak) *voorspelbaar* moet zijn. Het individu heeft het recht te weten waar hij aan toe is, en dat kan slechts door de rechter te verplichten zo kort mogelijk op de bal te spelen, en zo dicht mogelijk bij de tekst van de wet te blijven. De exegetische methode levert hier een bijdrage aan dit *handlingsperspectief*.

21. Maar ook het *systeemperspectief* wordt erdoor ondersteund. Immers, als het maatschappelijk systeem volkomen transparant en gesloten is, en zich kan vertalen in een rechtssysteem, dan mag aan die perfectie ook niet geraakt worden door degenen die in het systeem werken. De rechter toestaan om aan vrije rechtsvinding te doen zou betekenen dat men de perfectie van het systeem in twijfel trekt. Dat systeem vertoont, zoals eerder reeds gezegd, de paradoxale eigenschap tegelijk open en gesloten te zijn. Het is precies de geslotenheid van het systeem die door de methode van de exegese wordt ondersteund. Hieraan kan de conclusie worden verbonden dat het gepositieerde recht als het ware zijn eigen epistemologie voortbrengt ⁴⁸. Zo weinig mogelijk sleutelen aan het gepositieerde recht, dat immers de structuur van de werkelijkheid zelf in zich draagt, dat is de boodschap. Het argument van de *rechtszekerheid* wordt hier versterkt tot een argument van *existentiële* zekerheid.

⁴⁵ Zie voor verdere toelichting MIALLE, M., *Une introduction critique au droit*, 43 e.v.

⁴⁶ MIALLE, M., *Une introduction critique au droit*, 46; GISSELS, J. en VAN HOECKE, M., *Wat is rechtstheorie?*, 82.

⁴⁷ Foqué en 't Hart noemen het eerste perspectief een *handlingsperspectief*, het tweede een *systeemperspectief* (*Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, 187 e.v.).

⁴⁸ Vgl. FRANK, *Law and the Modern Mind*, 203; «Theory was bound to feel the effect of its own policy and obstructing the natural path of the law (...)»

22. Ter ondersteuning van dit rechtsdenken ontwikkelde de rechtsdogmatische rechtstheorie een aantal «dogma's». We zullen een drietal kort bespreken.

23. Het eerste dogma betreft de interpretatiecanon «in claris cessat interpretatio» en de uniciteit van de betekenis van regels en de woorden die erin voorkomen. In het handelingsperspectief bekeken, ligt het voor de hand dat de rechter niet mag afwijken van de wet en deze precies moet toepassen. Het klinkt eigenlijk als een evidentie dat, wanneer de regel duidelijk is, er niet meer aan betekenisgeving gedaan moet worden. Alleen verliest men hierbij uit het oog dat duidelijkheid *het gevolg is* van interpretatie en niet omgekeerd, zodat iedere tekst dient te worden geïnterpreteerd ⁴⁹.

24. Verder houdt dit interpretatiecanon in dat de betekenis van een regel *uniek* is en *voorafgaat* aan de toepassing ervan ⁵⁰. Men moet met andere woorden doen *alsof* de rechterlijke toepassing van de regel de uitdrukking is van een voorafbestaande, werkelijke en unieke betekenis ⁵¹. Van de Kerchove noemt dit terecht een fictie ⁵², omdat op grond van de actuele inzichten van de taalkunde niet meer in ernst kan

⁴⁹ FORIERS, P., «Réflexions sur l'interprétation de la loi et ses méthodes», *R.C.J.B.*, 1957, 333-334; VAN DE KERCHOVE, M., «La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation en Belgique», in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, VAN DE KERCHOVE, M. (red.), Brussel, Publ. Fac. Univ. St. Louis, 1978, 37; DUMON, F., «De opdracht van hoven en rechtbanken — Enkele overwegingen», *R.W.*, 1975, 211 e.v.; OST, F., «L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur», 110. Vgl. VEEGENS, noot onder Hoge Raad, 26 augustus, 1949, *Nederlands Juristenblad*, 1950, nr. 651: «Tegenwoordig neemt men echter aan dat een uitspraak over de vraag, of de woorden al dan niet duidelijk zijn, in geen enkel geval mogelijk is zonder ze te hebben geplaatst in het kader, waarin ze zijn geuit of neergeschreven.» Zie voorts ENGISCH, K., *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, Kohlhammer, 1971⁵, 218; NOLL, P., «Zusammenhänge zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht», in *Probleme der Rechtssetzung*, Basel, Helbing, 1974, 255. Hierbij kan nog opgemerkt worden dat de «duidelijkheid» van de regel zal verschillen al naargelang het rechtsgebied, HENKEL, H., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München, Beck, 1977², 439; PERELMAN, C., «L'interprétation juridique», *Archives de philosophie du droit*, 1972, 30. Hier en daar vindt men nog een verdediger van het adagium, zoals o.m. GOLDMAN, B., *Répertoire de droit civil*, v° «Interprétation»; DE HARVEN, P., «Réflexions sur la technique de l'interprétation judiciaire des lois», *J.T.*, 1960, 205 e.v.

⁵⁰ VAN DE KERCHOVE, M., «Le sens clair d'un texte: argument de raison ou d'autorité?», *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, HAARSCHER, G. en INGBER, L. (red.), Brussel, Nemesis, 1988, 297; NEUNEN, J., *Die Rechtsfindung contra legem*, München, Beck, 1992, 93 e.v.

⁵¹ VAN DE KERCHOVE, M., «Le sens clair d'un texte, 297; OST, F., «L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur», 160: «Le plus souvent le raisonnement interprétatif se terminera ici: le juge construit le sens des termes tout en prétendant que leur sens est clair et qu'il traduit adéquatement l'intention du législateur.» Vgl. VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 76.

⁵² VAN DE KERCHOVE, M., «Le sens clair d'un texte», 297. Aan de hand van talrijke voorbeelden toont de auteur aan dat deze opvatting nog steeds door het Hof van Cassatie en de Raad van State wordt verdedigd (Id., *ibid.*, 298-301) al stelt hij vast dat in de rechtspraak van het Hof van Cassatie tussen 1976 en 1982 het argument van de duidelijke-tekstdoctrine niet werd ingeroepen, zonder dat dit

worden beweerd dat teksten duidelijk zijn op zich⁵³, zoals ten overvloede blijkt uit het werk van Paul Ricoeur.

25. Men zou kunnen aanvoeren dat de duidelijke-tekstdoctrine het resultaat is van een gebrek aan kennis over de taal, een gebrek dat thans door de taalwetenschap is opgeheven. Dit zou impliceren dat, hadden de opstellers en commentatoren van de Code civil deze kennis wel gehad, zij zich niet zouden hebben laten verleiden tot de fictie van de duidelijke-tekstdoctrine. Zulks is echter verre van zeker, wat als volgt beargumenteerd kan worden, en wat ons meteen bij het tweede dogma brengt.

26. Het recht zoals het door de codificatoren in het begin van de 19e eeuw te boek werd gesteld, werd namelijk voorgesteld als een *afbeelding* van de werkelijkheid. We lezen hierover bij Foqué en 't Hart:

«De maatschappelijke rust en stabiliteit, noodzakelijk voor de opbouw van een rechtssysteem, krijgen in Portalis' formuleringen de dimensies van natuurlijkheid. Enerzijds is het recht dat door het wetboek tot stand wordt gebracht en in een systematisch geheel wordt geformuleerd een *afbeelding* van de nieuwe orde van de burgerlijke maatschappij. Anderzijds vormt het recht daardoor de uitdrukking van het inzicht dat de maatschappij heeft in zichzelf en dat die maatschappij op schrift heeft gesteld en zodoende afleesbaar heeft gemaakt. Vervolgens wordt het opvolgen van de regels van het gecodificeerde recht *voorgesteld als* het leven volgens de eigen menselijke natuur. Natuur, maatschappij en recht zijn met elkaar in overeenstemming en weerspiegelen elkaar.»⁵⁴

En verder: «Voor codificatoren als Portalis is daarentegen juist de bestaande maatschappelijke werkelijkheid conform de natuur, zodat zij niet meer fundamenteel veranderd dient te worden. Wat er te bereiken valt, zou in wezen inmiddels zijn bereikt. Ten gevolge van het proces van naturalisering wordt dus de maatschappelijke werkelijkheid gezien als eindelijk in overeenstemming gebracht met de (altijd en overal identieke) menselijke natuur, en daarmee als noodzakelijk en universeel. (...) (D)oor het absolute karakter, eigen aan het naturaliseringsproces, krijgt de maatschappelijke werkelijkheid een ander statuut, zij wordt geontologiseerd en gehypostaseerd.»⁵⁵

27. De maatschappelijke orde die door het recht tot stand gekomen was, werd van meet af aan voorgesteld als «natuurlijk» en «gegeven». Met andere woorden: «(...) la science juridique va prendre pour argent comptant l'image que lui transmet la société *et la tenir pour réalité*.»⁵⁶

Oorspronkelijk opgevat als een politiek doel om na de Franse revolutie orde en stabiliteit te garanderen, wordt die nieuwe orde ook voorgesteld als de echte werkelijkheid. Dit hypostaseringsproces weerspiegelde zich tevens in de han-

tering van het recht: iedere vorm van (ongewenste) interpretatie kon die stabiliteit alleen maar in gevaar brengen, en dus moest men de in de Code neergelegde tekstuele regels beschouwen *alsof* ze duidelijk zijn⁵⁷.

28. Deze taalkundige fictie, gebaseerd op een specifieke ontologie die op haar beurt dan weer het resultaat was van een politieke stellingname, stond ten dienste van de *rechtszekerheid* die, zoals nu kan worden ingezien, veel meer inhoudt dan *voorspelbaarheid* van het recht alleen. Het recht *was* immers zekerheid, het was de afbeelding van de werkelijkheid en iedere interpreterende ingreep daarin kon worden beschouwd als een bedreiging. In dit verband heeft Van Hoecke erop gewezen dat het betekenisbegrip dat aan de duidelijke-tekstdoctrine ten grondslag ligt, betekenis beschouwt als een essentie, losgekoppeld van de werkelijke bedoeling van de zender van de tekst. Daardoor vallen vorm en inhoud van de wet samen, en wordt geen onderscheid gemaakt tussen de *tekst* van de wet en de *wet* zelf.

29. Een derde en laatste «dogma» van deze rechtsopvatting waarin rechtszekerheid een zo belangrijke rol speelt, is de zg. «rationaliteit van de wetgever». Volgens deze opvatting gaat de wetgever bij zijn normerende activiteit op een perfect rationele wijze te werk. Dit impliceert onder meer dat hij een eenduidig taalgebruik hanteert, antinomieën en redundanties vermijdt, een coherente waardenschaal hanteert en de Grondwet respecteert⁵⁸. Doorgaans maakt men een onderscheid tussen «technische» en «maatschappelijke» rationaliteit van de wetgever⁵⁹. De eerste werd zonet omschreven. Met de tweede wordt bedoeld dat de wetgever geen onbillijke of absurde resultaten gewild heeft, geen nutteloze maatregelen neemt, middel en doel met elkaar in verhouding brengt, billijk en niet fundamenteel onvoorzienend is⁶⁰. Vanwege de vaak patentente onjuistheid van dit «vermoeden» wordt het postulaat van de rationaliteit van de wetgever dan ook terecht als een *fictie* omschreven⁶¹.

30. Maar ook hier lijkt de onderliggende idee te zijn dat het recht volkomen transparant is en de werkelijkheid weerspiegelt. Immers, hoe kan beter de binding van de rechter aan het werk van de wetgever worden verzekerd dan door te *veronderstellen* dat deze laatste perfecte normen produceert? Iedere interpretatiearbeid die deze rationaliteit in twijfel zou trekken, dient bijgevolg te worden vermeden, omdat de rechter wordt geacht het rechtssysteem te *reproducen*. Deze reproductie is de noodzakelijke voorwaarde voor het overleven van de idee «Staat» met de daarbij horende instituties. Als idee ondergaat de Staat een transformatie die boven een hypostasering werd genoemd. Deze transformatie is een omvorming van een «idee» naar de «werkelijkheid». Het gevolg daarvan is dat, wat oorspronke-

evenwel meer duidelijkheid zou werpen op de werkelijke houding van het Hof (Id., *ibid.*, 293).

⁵³ VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, 78, met talrijke verwijzingen naar literatuur waarin kritiek wordt uitgeoefend op de duidelijkheid van de tekst «in se»; VAN DE KERCHOVE, M., «Le sens clair d'un texte», 304, met talrijke verwijzingen.

⁵⁴ FOQUÉ, R. en 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, 57 (cursivering toegevoegd).

⁵⁵ Id., *ibid.*, 49.

⁵⁶ MIALLE, M., *Une introduction critique au droit*, 54 (cursivering toegevoegd).

⁵⁷ VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, 95-96.

⁵⁸ OST F. en VAN DE KERCHOVE, M., «Rationaliteit en soevereiniteit van de wetgever: paradigma's van de rechtsdogmatiek?», *Rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 1986, 126-127.

⁵⁹ VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, 327 e.v.

⁶⁰ OST, F., «L'interprétation logique et systématique», 163 e.v.

⁶¹ ZIEMBINSKI, Z., «La notion de rationalité du législateur», *Archives de philosophie du droit*, 1978, 177-178; KALINOWSKI, G., «Une théorie de la dogmatique juridique», *Archives de philosophie du droit*, 1970, 405-413; OST, F., «L'interprétation logique et systématique», 179; CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, Parijs, P.U.F., 1972, 271 e.v.

lijk een constructie of een idee is, door dit transformatieproces voor de echte werkelijkheid wordt genomen ⁶².

31. Zulks hoeft evenwel niet het geval te zijn. Het is niet omdat een positiefrechtelijk rechtssysteem geacht wordt in overeenstemming te zijn met het natuurrecht, dat het daarom een volledig gesloten systeem wordt, dat enkel nog gericht is op de reproductie van zichzelf.

32. Het Aristotelische rechtsbegrip is daar een voorbeeld van. Ook voor Aristoteles is de wet de formele structuur van het recht en is de weerspiegeling van de goddelijke perfectie ⁶³ of van de natuurlijke orde ⁶⁴. Hoewel er ook hier een bepaalde vorm van «afbeelding van de werkelijkheid» tot stand komt in het recht, is de kosmische ordening nooit perfect te bereiken. Dit is het gevolg van het onderscheid tussen het noodzakelijke (de kosmos) en het contingente (het ondermaanse) dat de grondslag van de Aristotelische metafysica vormt. Het noodzakelijke en het contingente zijn op een dialectische wijze op elkaar betrokken, waardoor een *deductie* van het contingente uit het noodzakelijke uitgesloten wordt. Het zg. «afbeeldingsdenken» staat bijgevolg enerzijds wel toe het positieve recht als voltrekking van het transcendente natuurrecht te beschouwen maar dit hoeft anderzijds niet te impliceren dat die afbeelding perfect is en eenduidig, zoals de codificatoren beweerden.

33. Maar het positieve recht is zeker geen doublure of «kopie» van het natuurrecht, in die zin dat het er op een eenduidige wijze uit zou kunnen worden afgeleid ⁶⁵. Positief recht en natuurrecht zijn in een dialectische wisselwerking op elkaar betrokken, wat het Aristoteles mogelijk maakt te verdedigen dat het natuurrecht zoals het in de natuurlijke ordening verschijnt, universeel is, doch in zijn realisatie door het positieve recht heen verschillend kan worden ingevuld ⁶⁶. De «afbeeldingsrelatie» tussen positief recht en natuurrecht is dus niet eenduidig en laat variatie toe, anders dan de hypostasering of «naturalisering» van het recht tot een natuurlijk feit tijdens de codificatiebeweging.

34. Aan kritiek op die door de codificatoren verdedigde opvatting van het recht als een natuurlijk feit heeft het niet ontbroken. We zullen er twee kort bespreken ⁶⁷. Aan de ene kant is er het denken van het Amerikaanse realisme en aan de andere kant dat van de Critical Legal Studies Movement. Hiermee willen we niet zeggen dat deze beide stromingen aan elkaar tegensteld zijn, integendeel. Zonder hier evenwel

verder op te kunnen ingaan binnen het bestek van deze bijdrage, kunnen we stellen dat de Critical Legal Studies Movement zich beschouwt als de erfgenaam van het Amerikaanse realisme, wat verantwoordt waarom we beide stromingen hier behandelen als kritiek op het formalistische en naturalistische rechtsdenken ⁶⁸.

35. De eerste denkrichting in de rechtsfilosofie die expliciet kritisch staat tegenover het begrip «rechtszekerheid», is te vinden in het Amerikaans realisme. We zullen ons, wat deze denkrichting betreft, beperken tot één vertegenwoordiger ervan, Jerome Frank, die zich het meest uitdrukkelijk heeft uitgelaten over de functie van rechtszekerheid in het rechtssysteem.

36. Frank kwalificeert de drang naar zekerheid als een soort kinderlijke illusie, een verlangen naar de verloren vaderfiguur, dat wordt ingevuld door priesters, normgevers en groepsleiders ⁶⁹. Hij omschrijft de klassieke (conventionalistische) visie op het recht als volgt:

«Law is a complete body of rules existing from time immemorial and unchangeable except to the limited extent that legislatures have changed the rules by enacted statutes. Legislatures are expressly empowered thus to change the law. But the judges are not to make or change law but to apply it. The law, ready-made, pre-exists the judicial decisions.» ⁷⁰

37. Met accuraatheid beschrijft hij de houding van de Franse codificatoren, die een volledig rechtssysteem meenden te hebben gecodificeerd, en daarmee het verlangen naar rechtszekerheid te hebben gerealiseerd ⁷¹⁻⁷². Hij schrijft hieromtrent:

«Again the hope of attaining a large measure of legal certainty by codification proved vain. It produced not certainty, but sterile logic-chopping. Where code-worship has prevailed in code-governed countries, the real judicial process of adaptation has been concealed under the guise of formal exactness, the principle effect of which has been (...) to create a chasm.» ⁷³

38. Een dergelijke kloof stelt Frank onder meer vast door op te merken dat theorie en praktijk van de rechtsvinding wel erg sterk uit elkaar lopen ⁷⁴. Was de codificatie oorspronkelijk bedoeld als het creëren van meer rechtszekerheid, dan is Franks reactie hieromtrent dat niets zo onzeker

⁶² Vgl. in dit verband MIAILLE, M., *Une introduction critique au droit*, 53.

⁶³ OST, F. en LENOBLE, J., *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Brussel, Publ. Fac. Univ. St. Louis, 1980, 413.

⁶⁴ DE ROMMILLY, J., *La loi dans la pensée grecque des origines à Aristote*, Parijs, Les Belles Lettres, 1971, 161.

⁶⁵ RITTER, J., «Le droit naturel chez Aristote. Contribution au renouveau du droit naturel», *Archives de Philosophie*, 1969, 437.

⁶⁶ *Ethica Nicomachea*, V, 10, 1135a 3-5. Men zie voor deze interpretatie WEIL, E., *Essais et conférences*, I, Parijs, Plon, 1979, 179 e.v.; STRAUSS, L., *Droit naturel et histoire*, Parijs, Flammarion, 1986, 145; VILLEY, M., «Mobilité, diversité et richesse du droit naturel chez Aristote», *Archives de philosophie du droit*, 1983, 190-199; KALINOWSKI, G., «Du muable et de l'immuable en droit naturel», *Archives de philosophie du droit*, 1983, 187-190.

⁶⁷ Dit betekent niet dat er geen andere kritieken bestaan, men zie bv. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, passim; Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 125 e.v.

⁶⁸ X, «Round and Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Studies Scholarship», *Harvard Law Review*, 1982, 1669 e.v.; WHITE, «The Inevitability of Critical Legal Studies», *Stanford Law Review*, 1984, 649 e.v.; MINDA, G., «The Jurisprudential Movements of the 1980s», *Ohio State Law Journal*, 1989, 633 e.v.; UNGER, R.M., *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1986, 1-4. In dezelfde zin, doch kritisch: KELMAN, M., *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1987, 11-13.

⁶⁹ FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, Gloucester (MA), Smith, 1970 (originele versie 1930), 17.

⁷⁰ Id., *ibid.*, 35 en 217. Vgl. SHKLAR, J.N., *Legalism*, 94 e.v.

⁷¹ Men dient dit dan wel te begrijpen zoals hierboven werd aangehaald, met inbegrip van het rationele natuurrecht, dat het rechtssysteem volledig afsluit; zie boven, nr. 17.

⁷² FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, 201.

⁷³ Id., *ibid.*, 203.

⁷⁴ Vgl. VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, XV, waar de auteur stelt dat de rechtsleer vaak normatievere standpunten inneemt dan de rechtspraktijk.

is als de afloop van een juridische procedure⁷⁵. Het zou evenwel ongenueanceerd zijn Frank te omschrijven als een regelscepticus, hij is veel meer een feitenscepticus. In die zin is zijn kritiek dan ook niet gericht op het *regel* karakter van het recht, waaruit volgt dat zijn idee over rechtszekerheid daar ook niet mee verbonden is. Daardoor wordt zijn kritiek op rechtszekerheid in een zekere zin ook objectiever.

38. Regels maken volgens Frank deel uit van het systeem, maar een te grote nadruk op het regelkarakter van het recht (in naam van de rechtszekerheid), verduistert de werkelijkheid van het recht en de wijze waarop rechterlijke beslissingen tot stand komen⁷⁶.

39. Immers, zo schrijft Frank, het rechterlijk beslissingsproces wordt voorgesteld als een syllogistische redenering.

«Yet, observe the arguments of the counsel in addressing the courts, or the very opinions of the courts themselves: they are worded as if correct decisions were arrived at by logical deduction from a precise and pre-existing body of legal rules.»⁷⁷

40. Daartegenover plaatst Frank, hierin gevolgd door anderen, een andere rechtsvindingsmethode, die men zou kunnen omschrijven als «regressief redeneren»⁷⁸. Regressief redeneren komt hierop neer dat de rechter eigenlijk eerst tot een conclusie komt die daarna (d.i. «regressief») wordt ingepast in het systeem van het positieve recht. Terwijl de rechterlijke redenering wordt voorgesteld als een syllogisme, wordt in feite de omgekeerde weg gevolgd. In plaats van te redeneren vanuit de premissen naar een conclusie toe, wordt de keuze van de premissen (mede)bepaald door de conclusie.

«The process of judging, so psychologists tell us, seldom begins with a premise from which a conclusion is subsequently worked out. Judging begins rather the other way around – with a conclusion more or less vaguely formed.»⁷⁹

41. Vanuit het standpunt van de exegetische school en de dogmatische rechtstheorie zal een en ander wellicht erg on-

orthodox klinken. Toch kan erop gewezen worden dat de belangstelling voor deze beschrijving van het rechterlijk denkproces tot voor enkele jaren erg groot was⁸⁰. In het perspectief van de rechtszekerheid kan gesteld worden dat de kritiek van Frank op de beschrijving van de rechterlijke redenering tot op zekere hoogte terecht is. Het interessante aan diens opmerkingen ligt, naast het feit dat hij het begrip «rechtszekerheid» relativiseert, tevens in zijn «ontmaskering» van dat begrip als een soort zalvende fictie dat als een produkt van de dogmatische rechtstheorie het rechtsdenken de-termineert.

42. Een tweede kritische benadering van het begrip «rechtszekerheid» vinden we in de Critical Legal Studies Movement. De Critical Legal Studies Movement richt zich tegen het ideologisch gekleurde rechtsbegrip zoals dit in het klassieke liberalisme wordt verkondigd en dat ook terug te vinden is in continentale codificaties. Volgens Unger is de maatschappij geen gegeven, maar een artificiële constructie. Dit impliceert dat de maatschappij en haar juridische structuur die het recht is, berusten op sociale praktijken die verre van natuurlijk zijn, en niet op natuurnoodzakelijke wetten. Alleen, we doen *alsof* dit wel zo is. Unger schrijft hierover:

«Until we make the underlying institutional and imaginative structure of a society explicit, we are almost certain to mistake the regularities and routines that persist, so long as the structure is left undisturbed, for general laws of social organization. At the very least, we are likely to treat them as laws of a particular type of society and to imagine that we can suspend them only by a revolutionary switch to another type. Superstition then encourages surrender.»⁸¹

43. Dit citaat mag evenwel niet verkeerd worden begrepen. Unger gebruikt de term «law» niet in de betekenis van «positief recht» maar wel in de betekenis van «maatschappelijke wetmatigheden» die als natuurnoodzakelijk worden voorgesteld, en die zich in het positieve recht vertalen. Daartegenover stelt Unger als alternatief dat het subject zich bewust dient te worden van de contextualiteit en de voorwaardelijkheid van zijn leefsituatie⁸². De maatschappelijke organisatie is veranderlijk, tenzij men ze voorstelt als «frozen

⁷⁵ FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, 128.

⁷⁶ Id., *ibid.*, 295.

⁷⁷ Id., *ibid.*, 9. Een andere Amerikaanse realist, Roscoe Pound merkt in dit verband op dat de zekerheid die bereikt zou worden door de mechanische toepassing van vooraf bepaalde regels steeds een illusie is gebleken (POUND, R., *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale Univ. Press, 1954 (eerste uitgave 1922), 71).

⁷⁸ De term is niet afkomstig van Frank zelf, maar komt uit de Nederlandse rechtswetenschap: CROMBAG, H.F.M., DE WIJERSLOOTH, J.L. en COHEN, M.J., *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen, H.D., Tjeenk Willink, 1977.

⁷⁹ FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, 108 en 304. Cardozo, die in dezelfde lijn denkt, schrijft hieromtrent: «One wills at the beginning the result, one finds the principles afterwards: such is the genesis of all juridical construction. Once accepted, the construction presents itself, doubtless, in the ensemble of legal doctrine, under the opposite aspect. The factors are inverted. The principle appears as an initial cause, from which one has drawn the result which is found deduced from it.» CARDOZO, B., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale Univ. Press, 1949, 170; LLEWELLYN, K.N., *The Case Law System in America*, Chicago, Univ. of Chicago Press, 1989, 55. Vgl. verder TELDERS, B.M., «Rechtspraak en logica», *Verzamelde geschriften*, I, 's-Gravenhage, Nijhoff, 1947, 159 en 167; VAN DUNNE, J., *De magie van het woord. Juristen in hun omgang met teksten*, Arnhem, Gouda Quint, ..., 44.

⁸⁰ Zij het dan dat de tendens in de literatuur thans is om meer aandacht te besteden aan het systeemkarakter van het recht en minder aan het rechtsvindingsproces; zie WINTGENS, Luc J., «De openheid van het rechtsdenken», *Tijdschrift voor rechtsdocumentatie en -informatie*, 1993, 237-238. Zie tevens PERELMAN, C., «Le raisonnement juridique», in *Droit, morale et philosophie*, Parijs, L.G.D.J., 1976², 88 e.v.; Id., *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, Parijs, Dalloz, 1976, nr. 3; PERELMAN, C. en OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Brussel, éd. U.L.B., 1976⁶, 56 e.v.; AARNIO, A., ALEXY, R. en PECZENIK, A., «Grundlagen der juristischen Argumentation», in *Metatheorie juristischer Argumentation*, KRAWIETZ, W. en ALEXY, R. (red.), Berlijn, Duncker & Humblot, 1983, 9-87; PECZENIK, A., «Creativity and Transformation in Legal Reasoning», *Theorie der Normen. Festgabe für Otto Weinberger zum 65. Geburtstag*, KRAWIETZ, W. e.a. (red.), Berlijn, Duncker & Humblot, 1984, 277-298; HAYEK, F.A., *Law, Legislation and Liberty*, 117 e.v.

⁸¹ UNGER, R.M., *Social Theory: Its Situation and Its Task. A Critical Introduction to Politics, a Work in Constructive Social Theory*, Cambridge (MA), Cambridge Univ. Press, 1988², 4; Id., *The Critical Legal Studies Movement*, 21.

⁸² UNGER, R.M., *Social Theory*, 18.

politics»⁸³. Deze metafoor impliceert dat men er zich enerzijds van bewust is dat het recht en de maatschappelijke werkelijkheid die erdoor georganiseerd wordt, het gevolg zijn van een politiek feit, maar dat dit anderzijds meteen stolt en wordt voorgesteld als «natuurlijk». Deze «naturalistische» premisse, zo schrijft Unger, «(...) represents a denial of the conditionality of social worlds. It takes a particular form of social life as the context of all contexts – the true and undistorted form of social existence ; (...) It holds up the picture of an ordering of human life that is not the mere product of force and fraud. (...) It makes each individual's membership in the division of labour an occasion to reaffirm the general scheme of order. (...) This authentic pattern of social life can undergo corruption and regeneration. But it can never be rearranged. To uphold the natural social order is the basic social piety.»⁸⁴

44. Tegenover deze vermeende naturalistische opvatting en de tyrannie van de sociale categorieën die eruit voortvloeit⁸⁵, plaatst Unger zijn eigen ideaal : «To be fully a person (...) you must engage in a struggle against the defects or the limits of existing society or available knowledge.»⁸⁶

Dit laatste dient dan volgens Unger te worden gerealiseerd door de contexten waarin het sociale en het persoonlijke leven zich voltrekken, radicaal te transformeren. Deze zijn immers de basis voor routines die zich op permanente wijze reproduceren. Het juridische en economische discours dat door deze routines ontstaat, wordt bovendien teruggevoerd tot een coherente normatieve ordening, die zelf gebaseerd zou zijn op een immanente morele rationaliteit, uitgedrukt in een zogenaamde «background theory»⁸⁷. Een dergelijke voorstelling van zaken is volgens Unger een vertekend beeld van de werkelijkheid. Hij schrijft hierover :

«No matter what the content of the background theory, it is, if taken seriously and pursued to its ultimate conclusions *unlikely* to prove compatible with a broad range of the received understandings.»⁸⁸

45. We kunnen binnen dit bestek niet verder ingaan op de epistemologische en politieke (in)consequenties die in deze theorie kunnen worden aangewezen. We volstaan hier met enkele opmerkingen over rechtszekerheid.

46. Sociale theorie zoals Unger die begrijpt, gaat radicaal in tegen het contextbewarende denken dat o.m. in de exegetische school kan worden aangetroffen. Deze kritiek kan tot op zekere hoogte worden gevolgd. Het rechtssysteem voorstellen als een gesloten systeem, dat op een dogmatische wijze in stand wordt gehouden via de canones die hierboven werden beschreven, verraadt een zekere «onnatuurlijkheid». In die zin kan men de kritiek van Unger beschouwen als gericht tegen het «natuurlijke» van de rechtsorde zoals die ook in de geest van de codificatoren bestond. Hoewel Unger de term «rechtszekerheid» niet gebruikt, kan zijn opvatting worden begrepen als een kritiek tegen een overdreven beroep op dit begrip, dat sterk ideologisch geladen blijkt te zijn.

47. Het contextbewarende karakter van de klassieke «dogmatische» dogmatiek, zoals Unger deze voorstelt, komt goed tot uiting in de gedachte dat de dogmatiek «stilte» produceert omtrent andere mogelijke organisatievormen van het maatschappelijk leven. Deze andere mogelijkheden vindt Unger in conflicterende beginselen en regels die in een sociaal systeem werkzaam zijn, maar die worden voorgesteld *alsof* ze een coherent beeld vormen⁸⁹. Ook hier bemerkt men een kritische houding tegen een unificerend beeld van het recht dat bovendien wordt voorgesteld als een constructie vanuit intelligibele doelstellingen, beginselen en beleids-opties. Hieromtrent stelt Unger vast dat dit in schril contrast staat met de werkelijkheid van het rechtssysteem⁹⁰.

48. Zulks neemt evenwel de vraag niet weg of de methode van de «permanente revolutie» die Unger predikt, het geëigende alternatief zou zijn om de dogmatische geslotenheid van het recht te overstijgen. De revolutie moet permanent zijn, aangezien Unger zelf toegeeft dat het niet mogelijk is zich van het concept «context» te bevrijden⁹¹. In termen van een juridisch systeem betekent zulks dat men steeds aan een of andere vorm van systeem of systematiciteit gebonden is, die evenwel permanent overstegen moet worden zonder ooit terzijde te kunnen worden geschoven.

49. Twee aspecten van Ungers methode willen we hier nog kritisch belichten, omdat ze illustreren dat zijn theorie eigenlijk veel minder radicaal is dan hijzelf het wil doen uitkomen. Deze twee aspecten van zijn methode zijn de «internal development» en de «visionary insight» die beide, zo zal blijken, in grote mate schatplichtig zijn aan een liberale visie op het recht, meer dan aan een kritische visie.

50. Naast de meer radicale vorm van redeneren die hij «context smashing» noemt⁹², erkent Unger nog andere mogelijkheden die de jurist ter beschikking staan om een of andere vorm van sociale verandering te bewerkstelligen. Naast «revolutionary reform» hanteert de jurist volgens Unger ook de methode van de «expanded doctrine» door «internal development». In de «revolutionary reform» komt het erop aan bepaalde minder geslaagde aspecten van het sociale systeem of het rechtssysteem *stap voor stap* te veranderen⁹³. Dit komt er eigenlijk op neer dat de jurist tracht bepaalde discordante elementen van het systeem te harmoniseren. Daardoor steunt hij echter juist op een onderliggende theorie (of «background theory») die deze discordanties laat zien en toestaat deze op te lossen.

51. Unger is dus verre van radicaal wanneer hij beweert dat de juridische redenering dient uit te gaan van bestaand materiaal om dan eventueel via analogieën of a contrario redeneringen tot associatie of dissociatie te komen. Maar een dergelijke methode is niets anders dan de methode van de «klassieke doctrine» die Unger zo bestrijdt.

52. Unger wordt tot een dergelijke benadering gedwongen om een wel erg paradoxale reden. Wanneer hij namelijk

⁸⁹ Id., *ibid.*, 21.

⁹⁰ Id., *ibid.*, 21.

⁹¹ Unger, R.M., *Social Theory*, 21 : «We never overcome context dependence.»

⁹² Zie hieromtrent WINTGENS, L.J., «Roberto's Crusade. Some Comments on Unger's Alternative to Liberalism», *Rechtstheorie*, 1991, 100-107.

⁹³ UNGER, R.M., *Social Theory*, 163 ; Id., *The Critical Legal Studies Movement*, 110.

⁸³ Id., *ibid.*, 11.

⁸⁴ Id., *ibid.*, 23-24. Een zeer scherpe analyse van dit naturalistische denken vinden we in SHKLAR, J.N., *Legalism*, 1-110.

⁸⁵ Id., *The Critical Legal Studies Movement*, 23.

⁸⁶ Id., *Social Theory*, 29.

⁸⁷ Id., *The Critical Legal Studies Movement*, 9.

⁸⁸ Id., *ibid.*, 9 (cursivering toegevoegd).

zou volhouden dat de jurist te werk moet gaan als een «visionnaire», als iemand die het ideaal van de sociale werkelijkheid volledig in kaart kan brengen en ook een methode voorhanden heeft om mogelijke (min of meer radicale) veranderingen tot stand te brengen, dan begaat hij juist de denkfout die hij zo aan de klassieke doctrine verwijt. Dit verwijt komt er concreet gesproken op neer dat de liberale visie op de maatschappij een volledige transparantie van het sociale bouwwerk vooronderstelt. Dit was in feite de theorie die de codificatoren huldigden ⁹⁴.

53. Welnu, visionair inzicht impliceert op zijn beurt het bestaan van één ware en geldige sociale theorie, en die vooronderstelling is natuurlijk onverenigbaar met Ungers eigen theorie ⁹⁵. Dit dwingt hem ertoe over te stappen naar een «stap-voor-stap»-verandering, die, zoals gezegd, ook een coherente «background theory» veronderstelt. Een en ander brengt ons tot het besluit dat Ungers poging om het liberalisme, en de rechtsorde die er het gevolg van is, te overstijgen, niet lukt. Zijn kritisch alternatief lijkt veeleer te berusten op de premissen van de theorie die hij bekritiseert, dan op een eigen nieuw epistemologisch fundament.

54. Na een beschrijving van rechtszekerheid als dogmatisch aspect van het recht, en de kritiek daarop vanuit het Amerikaans realisme van Frank en de Critical Legal Studies Movement van Unger zullen we in het volgende onderdeel de aandacht richten op rechtszekerheid als epistemologisch obstakel. Hierbij kan worden opgemerkt dat beide benaderingen niet los van elkaar dienen te worden gezien. Aangezien we ervan uitgaan dat de codificatie van het recht als zodanig zijn eigen epistemologie voortbracht ⁹⁶, kunnen we in het navolgende deel in dezelfde lijn verder argumenteren. Brachten we hierboven een beschrijving en een kritiek op die epistemologie als zodanig, dan zal in het volgende deel worden ingegaan op de wijze waarop rechtszekerheid in die epistemologie functioneert.

III. Rechtszekerheid als epistemologisch obstakel

55. De vruchtbaarste wijze om vat te krijgen op het begrip «epistemologisch obstakel» is wellicht te vinden in de huidige benadering van de wetenschap als constructie. Wetenschap is geen zuivere beschrijving van de werkelijkheid, maar een constructie die aan de werkelijkheid wordt opgelegd, en aan de hand waarvan deze laatste kan worden verklaard ⁹⁷.

56. Een theoretisch begrip wordt dan een epistemologisch obstakel wanneer het, na eerst een operationele rol te hebben vervuld in een theorie, op een bepaald moment een tegengestelde werking begint uit te oefenen ⁹⁸. Het begrip «epistemologisch obstakel» werd in de rechtsfilosofie en de

rechtstheorie ingevoerd door o.m. Mialle ⁹⁹ en Ost en Lenoble ¹⁰⁰. Het verwijst naar een categorie begrippen die, door een ongeoorloofde uitbreiding (zoals het begrip «kracht») of door de functie aan te nemen van een «Weltanschauung» (zoals «de eenheid van de werkelijkheid»), die theorie overevalueren en ze daardoor afschermen tegen bepaalde objecties ¹⁰¹.

57. In verband met het begrip «rechtszekerheid» kan nu worden gesteld dat rechtszekerheid, zoals die als argument wordt aangevoerd door de exegetische school en verder wordt bewaard in de zg. «duidelijke-tekstdoctrine», een epistemologisch obstakel vormt in de rechtswetenschap. We kunnen dit als volgt beargumenteren.

58. Enigszins analoog aan de «duidelijke-tekstdoctrine» waarin betekenis wordt geacht vooraf en onafhankelijk van enige interpretatiearbeid te bestaan, kan men stellen dat op een conceptueel niveau een soortgelijke benadering bestaat. Een dergelijke benadering bestaat erin te denken dat begrippen naar een vaststaande, unieke werkelijkheid verwijzen, zodat het niet mogelijk is over een *begrip* verschillende opvattingen te hebben.

59. Het onderscheid tussen «begrip» en «opvatting» kan teruggevoerd worden op Wittgensteins «taalspel». Volgens Wittgenstein zouden we er namelijk al te snel toe verleid worden om aan te nemen dat alles wat met een zelfde woord wordt aangeduid, ook een aantal kenmerken gemeenschappelijk moet hebben ¹⁰². Zo zou alles wat «spel» genoemd wordt, een gemeenschappelijke kern moeten hebben die altijd aanwezig is wanneer de term «spel» gebruikt wordt. Dit is volgens Wittgenstein niet het geval. Veeleer is het zo dat wat allemaal «spel» genoemd wordt, op zeer diverse activiteiten slaat, die met elkaar verwantschappen kunnen vertonen die dan weer niet in andere vormen van «spel» voorkomen. Zo kan bijvoorbeeld het voetbalspel met het schaakspel vergeleken worden voor zover het gaat om competitieve activiteiten, terwijl ze duidelijk van elkaar verschillen naar de aard van de competitie: in het eerste geval is dat fysieke kracht en doorzicht in het spel, in het laatste geval overweegt de intellectuele component, onder uitsluiting van de fysieke competitie ¹⁰³. Toch worden beide activiteiten «spel» ge-

van de werkelijkheid, en dit in weerwil van nieuwe inzichten, zoals de relativiteitstheorie, die dit begrip proberen te raliveren.

⁹⁹ MIALLE, M., *Une introduction critique au droit*, 37.

¹⁰⁰ OST F. en LENOBLE, J., *Droit, mythe et raison*, 308-329. Men zie ook BROEKMAN, J.M. en VAN DEN BERGH, G.C.J.J., *Recht en taal*, Deventer, Kluwer, 1979, 79-111. Het begrip «epistemologisch obstakel» werd verder uitgewerkt in OST, F. en VAN DE KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Brussel, Publ. Fac. Univ. St.-Louis, 1987, 122 e.v. en OST F. en VAN DE KERCHOVE, M., «Rationaliteit en soevereiniteit van de wetgever: paradigma's van de rechtsdogmatiek?», 125-140.

¹⁰¹ OST, F. en LENOBLE, J., *Droit, mythe et raison*, 317: «L'obstacle épistémologique se présente dans le développement du savoir, comme un facteur de résistance qui se manifeste soit au moment de la constitution d'une connaissance) on parle alors d'une 'contre-pensée', soit à un stade ultérieur de son développement – on parle alors d'un 'arrêt de pensée'».

¹⁰² WITTGENSTEIN, L., *Preliminary studies for the 'Philosophical investigations', generally known as the blue and brown books*, Oxford, Blackwell, 1969, 17.

¹⁰³ Vgl. WITTGENSTEIN, L., *Philosophical Investigations*, Oxford, Blackwell, 1976, nr. 66 i.f.

⁹⁴ Zie boven, nrs. 15-16.

⁹⁵ Over deze onverenigbaarheid zie men WINTGENS, L.J. en SHELLEDY, D., «Unger's Advocates: Assessing the Possibilities for Law Practice as a Transformative Vocation», *Ratio Juris*, 1992, 46-57.

⁹⁶ Zie boven, nr. 21.

⁹⁷ O.m. MIALLE, M., *Une introduction critique au droit*, 42; BACHELARD, G., *La philosophie du non. Essai d'une philosophie du nouvel esprit scientifique*, Parijs, P.U.F., 1975, 10.

⁹⁸ Zo kan bv. het begrip «kracht» dat ten grondslag ligt aan de Newtoniaanse fysica, gezien worden als een epistemologisch obstakel in de mate waarin men eraan blijft vasthouden ter verklaring

noemd, en wel wegens het feit dat ze bepaalde «familiegelijkenissen» met elkaar vertonen¹⁰⁴. Familiegelijkenissen zijn een gecompliceerd net van gelijkenissen die elkaar overlappen en kruisen, nu eens fundamentele gelijkenissen, dan weer gelijkenissen in de details¹⁰⁵.

60. Het onderscheid tussen «begrip» en «opvatting» kan worden gezien in de lijn van Wittgensteins «familiegelijkenissen». Dworkin, in aansluiting met wie we dit onderscheid gebruiken, is daarentegen van mening dat een begrip een abstracte idee is, waaraan meerdere concrete of substantiële opvattingen verbonden kunnen worden. Geen enkele van deze opvattingen is de «ware» vertaling van het begrip. Duidelijk hierbij is dat, hoe concreter een opvatting is, hoe minder gemakkelijk het zal zijn om daarrond eensgezindheid tot stand te brengen. Hoe abstracter een opvatting wordt, hoe meer men gaat in de richting van een «begrip», met als nadeel dat die opvatting ook minder operationeel wordt. Dworkin stelt de verhouding tussen «begrip» en «opvatting» voor als een boomstructuur: de stam is het gemeenschappelijke element tussen verschillende takken of opvattingen:

«(...) the initial trunk of the tree (...) would act, in public argument as well as private argumentation, as a kind of plateau on which further thought and argument are built. It would then be natural for people to regard that tie as special and in the way of conceptual, to say, for example, that respect is the 'very meaning' of courtesy.»¹⁰⁶

61. Over «hoffelijkheid» kan men uiteenlopende opvattingen hebben. Toch zal elkeen wel aannemen dat «hoffelijkheid» iets met «respect» te maken heeft. Wie dit niet doet, plaatst zich buiten de «community of useful or at least ordinary discourse about that institution»¹⁰⁷. Dit betekent dat zijn opvatting geen verband vertoont met het begrip «hoffelijkheid». Het element «respect» kan bijgevolg gezien worden als familiegelijkenis tussen de verschillende opvattingen over «hoffelijkheid».

62. Het onderscheid tussen «begrip» en «opvatting» wordt, zij het impliciet, ook gemaakt door Perelman. In zijn onderzoek naar de betekenis van het begrip «rechtvaardigheid» stelt Perelman vast dat daarover verschillende opvattingen bestaan. Onder rechtvaardigheid wordt namelijk verstaan: aan een ieder hetzelfde geven, aan een ieder geven volgens zijn verdienste, volgens zijn werk, volgens zijn behoefte, volgens zijn rang of volgens wat de wet hem toekent¹⁰⁸. Op het eerste gezicht gaat het hier om tegengestelde opvattingen. Nochtans meent Perelman dat er een gemeenschappelijk plateau aangewezen kan worden dat deze opvattingen met elkaar verbindt. Immers, welke opvatting men ook over rechtvaardigheid zou hebben, alle voorstanders van verschillende opvattingen zijn het erover eens dat een ieder die zich in gelijke omstandigheden bevindt, op de-

zelfde wijze moet worden behandeld: «Quel que soit leur désaccord sur d'autres points, ils sont donc tous d'accord sur le fait qu'être juste c'est traiter de la même façon les êtres qui sont égaux à un certain point de vue, qui possèdent une même caractéristique, la seule dont il faille tenir compte dans l'administration de la justice.»¹⁰⁹

63. Hieruit wordt dan een formule van rechtvaardigheid afgeleid, die de gemeenschappelijke noemer is van de, per definitie, met elkaar in strijd zijnde rechtvaardigheidsopvattingen. Perelman noemt ze «formele rechtvaardigheid»¹¹⁰: «On peut donc définir la justice formelle ou abstraite comme un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon.»¹¹¹

64. In termen van het onderscheid tussen «begrip» en «opvatting» kan gesteld worden dat zowel Dworkin als Perelman van mening zijn dat een zelfde algemeen begrip («hoffelijkheid» of «rechtvaardigheid») niet steeds hetzelfde «betekent», maar daarentegen aanleiding geeft tot concretisering in verschillende – zelfs op het eerste gezicht – tegenstrijdige opvattingen. Beiden zijn tevens van mening dat het verband (of de «familiegelijkenis») tussen verschillende opvattingen in een abstracte formulering omschreven kan worden, een formulering die als «begrip» fungeert ten aanzien van verschillende opvattingen, die er een concretisering van zijn¹¹².

65. Toegepast op het denken van de codificatoren impliceert een en ander dat zij precies geen onderscheid maakten tussen het «begrip» natuurrecht en de verschillende «natuurrechtsopvattingen» die daarmee kunnen samengaan. Boven werd gesteld dat de codificatoren hun werk beschouwden als de beste uitdrukking van het natuurrechtsbegrip, meer zelfs, zij waren van mening dat het positieve recht er identiek mee was. Nu is dit onproblematisch, zolang dit normatieve ideaal ook als een kritische dimensie blijft gelden, en niet zonder meer gelijkgesteld wordt en blijft worden met de feitelijke werkelijkheid. Dit impliceert immers een opheffing van een kritisch-filosofische reflectie op het recht dat zich, in zijn concreetheid, als de enig mogelijke werkelijkheid voordoet.

66. Dit laatste kan ook nog uitgedrukt worden door middel van het onderscheid tussen «levensfeitelijkheid» en «rechtswerkelijkheid». Door middel van dit onderscheid kan verduidelijkt worden dat er een verschil bestaat tussen de werkelijkheid die door het recht tot stand wordt gebracht (bv. een «rechtspersoon») en de werkelijkheid zoals die feitelijk bestaat en/of ervaren wordt (bv. individu X). Al is het dan zo dat het recht als constructie in de levensfeitelijke werkelijkheid als zodanig kan worden herkend¹¹³, toch kan

¹⁰⁹ Id., *ibid.*, 26.

¹¹⁰ Id., *ibid.*, 26; Id., «De la méthode analytique», *Justice et raison*, 92.

¹¹¹ Id., «De la justice», 26.

¹¹² Voor een kritiek op het onderscheid tussen «begrip» en «opvatting» zoals dat door Dworkin in zijn eigen theorie wordt toegepast zie men WINTGENS, L.J., «A Plausible Story and a Plausible Way of Telling it. Some Comments on Dworkin's Philosophy of Law», *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 1992, 429-444.

¹¹³ En wat onherkenbaar is in de levensfeitelijke werkelijkheid, wordt dan als juridische «fictie» gekwalificeerd.

¹⁰⁴ Id., *ibid.*, nr. 67.

¹⁰⁵ Id., *ibid.*, nr. 66.

¹⁰⁶ DWORKIN, R., *Law's Empire*, 70-71; Id., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard Univ. Press, 1978², 134-135. Het onderscheid wordt tevens gemaakt door MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, 73 e.v.; RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge (MA), Harvard Univ. Press, 1971, 7 e.v.

¹⁰⁷ DWORKIN, R., *Law's Empire*, 71.

¹⁰⁸ PERELMAN, C., «De la justice», in *Justice et raison*, Brussel, Ed. U.L.B., 1972², 15.

men niet onder de vaststelling uit dat het recht in belangrijke mate die werkelijkheid zelf construeert ¹¹⁴. Hoewel men op een bepaald moment de (legitieme) indruk kan krijgen dat het recht inderdaad de maatschappelijke werkelijkheid «vertaalt», wordt die indruk «ideologisch» zo men ervan uitgaat dat het recht ook de echte levensfeitelijke werkelijkheid is, wat evenwel versluierd wordt. Dat wekt volgens sommigen geruststellende geluiden op ¹¹⁵, omdat via de dogmatiek de indruk wordt gewekt dat het recht ook de echte werkelijkheid is, en deze eigenlijk maar «gewoon afbeeldt».

66bis. Foqué en 't Hart hebben er in dit verband op gewezen dat er in het codificatiedenken een duidelijke ideologie aanwezig is. Zich beroepend op de ideologietheorieën van Ricoeur en Ellul zijn zij van mening dat de *oorspronkelijke* stichtingsakte (de uitvaardiging van de Code civil) en de *actuele* maatschappelijke ordening bij elkaar worden gehouden door een wereldbeeld dat als het ware zelf begint te functioneren als een «code» die wordt omschreven als: «een geheel van regels dat de interpretatie van de werkelijkheid van de stichtingsakte en maatschappij beheerst. Die code gaat zozeer het denken bepalen dat mensen zelf door hun eigen scheppen bepaald, gecodeerd worden.» ¹¹⁶

67. Deze ideologie had oorspronkelijk als functie de interpretatieve arbeid uitsluitend in functie van het gesloten kader van de Code te laten verlopen. Een dergelijke interpretatie dient te worden begrepen als «interpretatie van de werkelijkheid zelf», tot op het moment dat deze ideologie zelf de functie van «de» werkelijkheid overneemt ¹¹⁷.

68. Ideologisch in de pejoratieve zin van het woord – als versluiering van de werkelijkheid – wordt die ideologie dan wanneer dit laatste ontkend of vergeten wordt. Hiermee bedoelen we te zeggen dat een ideologie die zichzelf voordoot als *de* werkelijkheid, op haar beurt naar het woord van Heidegger, een «Seinsvergeessenheit» tot stand brengt. De codificatie kan worden beschouwd als *een* interpretatie van de werkelijkheid. Ze verwoordt daarbij de idealen van de Verlichtingsfilosofie die door de Franse Revolutie heen tot de maatschappelijke werkelijkheid zijn gaan behoren, maar ze heeft deze tevens tot werkelijkheid verheven door ze te ontlogiseren.

69. Het antwoord van de rechtswetenschap op deze werkelijkheidsinterpretatie kan in eerste instantie worden begrepen in het boven genoemde *handelingsperspectief* ¹¹⁸. In dit perspectief kan rechtszekerheid worden begrepen als be-

scherming van de individuele vrijheid tegen het optreden van de overheid, m.a.w. als *voorspelbaarheid*. Het individu als rationeel en autonoom subject heeft het recht te weten waar hij aan toe is, ook en vooral bij de uitwerking en de uitvoering van zijn individueel levensplan ¹¹⁹. In die zin kan men stellen dat rechtszekerheid als theoretische verwoording van dit nieuwe maatschappelijke ideaal dit laatste ondersteunt.

70. Een tweede benadering van rechtszekerheid kan geschieden in het eveneens boven genoemde *systeemperspectief*. Hier kan voorspelbaarheid niet meer worden gekoppeld aan de liberale visie op het subject dat in zijn autonomie zijn plannen maakt en uitvoert. Rechtszekerheid moet hier worden verbonden met het rechtssysteem als zodanig, dat via dit argument in stand dient te worden gehouden. Hier wordt de ideologische functie van het argument van de rechtszekerheid duidelijk, wanneer we ze plaatsen in het licht van Luhmann's ideologiebegrip ¹²⁰.

71. Volgens Luhman is de functie van een ideologie waarden te «waarderen» ¹²¹. Tegelijkertijd hebben ideologieën als taak individuen af te brengen van waarden die (nog) niet gerealiseerd zijn of kunnen worden. Vele, maar niet alle waarden kunnen op hetzelfde moment worden gerealiseerd ¹²², wat impliceert dat waarden die op een bepaald moment niet gekozen zijn, moeten wachten ¹²³. Dit betekent evenwel geen waardeoordeel over niet gerealiseerde waarden. Wat hierin wel vervat ligt, is dat waarden door middel van het positieve recht worden gekozen en dus gerealiseerd. Hier treffen we een soortgelijke kritiek aan die we ook bij Unger konden vaststellen: het positieve recht is een conventionele bepaling van hoe het maatschappelijke leven behoort te verlopen. Het recht presenteert zichzelf als de «verwerkelijking van de werkelijkheid», of wat Unger noemt «de naturalistische premisse», die hij dan ook inhoudelijk aanpakt en er een «alternatief» tegenover plaatst.

72. Luhman beschouwt ideologieën echter eerder als een *functie* in een sociaal systeem en daarom is zijn opvatting ook minder radicaal: hij bestudeert de sociologische functie van ideologieën en is minder uit op een normatieve kritiek daarvan.

73. Zoals men kan vermoeden, had de ideologie van de codificatoren wel degelijk een inhoud. Die inhoud was de overtuiging dat de Code de weerspiegeling van de (natuurrechtelijke) werkelijkheid was. De functie van die ideologie was dan de afstand tussen de levensfeitelijke werkelijkheid

¹¹⁴ Dit is een van de inzichten die vanuit een discours-theoretische benadering van het recht worden geformuleerd, met name dat recht, waarden en normen geen semantische reproductie zijn van een ontologische realiteit; zie BROEKMAN, J.M., *Recht en antropologie*, Antwerpen/Amsterdam, Standaard, 1979, 123 e.v.; Id., *Recht, Rechtsfilosofie, Rechtsstheorie*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 101.

¹¹⁵ BROEKMAN, J.M. en 't HART, A.C., *Normverlegend gedrag en justitieel beleid*, Leuven/Amersfoort, Acco/W.E.J. Tjeenk Willink, 1980, 134.

¹¹⁶ FOQUÉ, R. en 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, 54-56, met verwijzing naar RICOEUR, P., *Ideologie und Ideologiekritik*, in *Phänomenologie und Marxismus, I, Konzepte und Methoden*, WALDENFELS, J. e.a. (red.), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977, 197-223.

¹¹⁷ FOQUÉ, R. en 't HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, 58.

¹¹⁸ Zie boven, nr. 20.

¹¹⁹ O.M. ROBBERS, G., «Rückwirkende Rechtsprechungsänderung», *Juristenzeitung*, 1988, 486: «Entfaltung setzt die Möglichkeit der Kontinuität im Wandel voraus. Vertrauensschutz gewährleistet und wahrt diese Kontinuität in ihrem subjektiven wie objektiven Bestand. Wer fürchten muß, daß die Entwicklung und Durchführung seiner Pläne jederzeit durchkreuzt werden können, verliert einen Teil der solche Freiheit überhaupt erst ermöglichenden Orientierungssicherheit.» Zie ook RADBRUCH, G., *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, Scherer, 1948, 29 e.v.; MUNZER, S.R., «Retraoactive Legislation», 426 e.v.

¹²⁰ LUHMANN, N., «Positives Recht und Ideologie», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1967, 531-571; Id., «Wahrheit und Ideologie», *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie Sozialer Systeme*, Keulen/Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, 54-65.

¹²¹ Id., «Positives Recht und Ideologie», 539.

¹²² Id., *ibid.*, 541 en 556.

¹²³ Id., *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, Frankfurt, 1983, 198.

en het rechtssysteem (in zijn positieve en normatieve dimensie) te dichtten. In systeemtheoretische termen betekent zulks dat de normatieve openheid van het rechtssysteem naar andere waarden dan die welke de codificatoren voor ogen stonden, diende te worden afgewend. Een systeemtheoretische opvatting over ideologie laat namelijk niet enkel toe om het ideologische aspect van het rechtssysteem te onderkennen, maar ook om het te veranderen.

74. Zo lezen we bij Luhmann: «Sie [de ideologie] muß die Möglichkeit vorsehen, die Rangbeziehungen zwischen den Werten zu variieren je nach den Möglichkeiten und dem Bedarf für Handlungen und je nach dem Erfüllungsstand der einzelnen Werte. Diese Variationen zu ermöglichen, ist die Funktion der Ideologie. (...) Die Ideologie muß die jeweilige Auswahl von wertvollen Programmen und entsprechenden Opfern und Verzichten anleiten und den Wechsel dieser Programme steuern können.»¹²⁴

75. Waar ideologieën verandering kunnen sturen, hebben zij volgens Luhmann ook een symbolische functie. Er dienen symbolen in de ideologie te worden ingebouwd om «onbestemde complexiteit» te kunnen blijven beheersen, en dus buiten iedere wisseling van waarden te kunnen blijven¹²⁵.

76. Het komt voor dat rechtszekerheid op die manier kan worden verklaard, in het *systeemperspectief*. Luhmann is namelijk van mening dat recht principieel veranderbaar, en daarom ook principieel *maakbaar* is. Die idee stond de codificatoren ongetwijfeld ook voor ogen, alleen, dit kon verborgen gehouden worden door een verabsolutering van het systeemperspectief, waardoor de nadruk kwam te liggen op het afbeeldingskarakter van het recht¹²⁶. De rechtszekerheid zoals die hier in het gezichtsveld komt, is de zekerheid die het systeem produceert – het rechtssysteem is immers een afbeelding van *de werkelijkheid* – maar tevens de zekerheid die het systeem in stand dient te houden.

77. Men stelt vast dat er zich twee verschuivingen voordoen. In de eerste plaats dient een beroep op rechtszekerheid ter ondersteuning van het handelingsperspectief een morele waarde: het rechtssubject heeft, moreel gezien, het recht vooraf te weten waar hij aan toe is. Het morele verwijt – gekoppeld aan een mogelijk juridisch negatief gevolg – voor een handeling waarvan per definitie niet bekend kon zijn dat ze verboden was, is zelf immoreel. Wat het argument van de rechtszekerheid met zich meebrengt, is de *voorspelbaarheid* van de juridische gevolgen van een bepaalde handeling. Maar wat door middel van het rechtszekerheidsargument in stand wordt gehouden, is niet enkel een zekerheid omtrent het recht, maar ook een zekerheid omtrent wat het rechtssubject zelf is: een vrij, autonoom, bewust willend individu dat volledig transparant is tegenover zichzelf en anderen en bovendien een volledig inzicht heeft in de transparante maatschappij. Dat is de eerste verschuiving: van voorspelbaarheid van juridische gevolgen naar ondersteuning van een mens- en maatschappijbeeld.

78. De tweede verschuiving die met de eerste verbonden is, betreft het verschuiven van die verschuiving, zoals sportlui soms doping nemen om andere versterkende middelen

onvindbaar te maken. De codificatoren waren er zich enerzijds wel degelijk van bewust dat zij een instrumentele rechtsoopvatting hanteerden, terwijl ze anderzijds de mening toegedaan waren dat ze de werkelijkheid hadden gecodificeerd. Dit laatste houdt in dat het positieve recht een bemiddelende functie vervult tussen een transcendent normatief gegeven, namelijk het natuurrecht, en de maatschappij, die wordt *geordend*¹²⁷. Daartegenover staat een andere rechtsoopvatting die ervan uitgaat dat het recht de maatschappij *stuurt*¹²⁸. Op die wijze komt een nieuw type recht tot stand, dat meer gericht is op een beleidsmatige oriëntatie dan op een stabiliserende, ordenende functie¹²⁹.

79. Los van de ideologische versluiering van de twee door elkaar lopende rechtsoopvattingen door de codificatoren, wordt aan een bepaald perspectief («handelingsperspectief») van een bepaalde rechtsoopvatting («ordening») een zodanig groot overwicht toegekend, met miskenning van andere perspectieven en andere rechtsoopvatting dat, wat eens een verklarende kracht kon zijn in de rechtswetenschap, nl. de rechtszekerheid, thans eerder een *obstakel* vormt.

80. De rechtswetenschap geeft er zich blijkbaar geen rekenschap van dat haar object van studie, het recht, een constructie is¹³⁰, zoals overigens ieder object van wetenschappelijke studie. In de mate waarin zij bijgevolg haar wetenschappelijkheid in termen van een *verklaring* van de werkelijkheid blijft aanbieden, vertekent ze zichzelf en wordt dat wat als verklaring moet gelden, een *obstructie* van de werkelijkheid of een epistemologisch obstakel. De rechtswetenschap kan zich niet anders zien dan een verklaring van de werkelijkheid omdat het recht wordt voorgesteld als de werkelijkheid zelf. Ziedaar het obstakel dat het idealisme in het rechtsdenken heeft ingebouwd, en dat erop neerkomt dat de rechtswetenschap het beeld reproduceert dat de maatschappij haar aanreikt, en dat voor werkelijkheid wordt gehouden¹³¹.

¹²⁷ VAN CAENEGEM, R., «Das Recht im Mittelalter», *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, Fikentscher, W. e.a. (red.), Freiburg, Alber, 1980, 540.

¹²⁸ O.M. HOLTZSCHNEIDER, H., «Gesetzesflut und Rechtsversagen – Rhetorik oder belegbare Tendenz bei der rechtsförmigen Steuerung gesellschaftlicher Problemlagen», *Rechtspolitik und Rechtspolitik*, 1989, 34.

¹²⁹ COUWENBERG, S.W., *Westerse staatsrecht als emancipatieproces. Ontwikkeling van de constitutionele emancipatiefunctie in de democratische rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn, Samsom, 40; Id., *De overstreden Staat. Ontwikkeling en problematiek van de staatstheorie in de 20e eeuw*, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1974, 33; MADER, L., *L'évaluation législative*, 190. Men zie ook KOOPMANS, T., *De rol van de wetgever*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1970, 221-235, waar de stelling wordt verdedigd dat het recht een *instrument* wordt in handen van de wetgever teneinde er een bepaald doel mee te bereiken.

¹³⁰ Die in mindere of meerdere mate ideologisch wordt gekleurd. Ook deze «vergetenheid» is natuurlijk een epistemologisch obstakel, omdat deze opvatting ervan uitgaat dat begrippen «universeel» zijn, dat wil zeggen overal geldend en a-historisch, los van een historische en geografische context, een abstract, alsof ze niet tot een bepaald maatschappelijk denkpatroon behoren, of behoord hebben; vgl. MIAILLE, M., *Une introduction critique au droit*, 56.

¹³¹ Id., *ibid.*, 52 e.v.

¹²⁴ Id., «Positives Recht und Ideologie», 540.

¹²⁵ Id., *ibid.*, 542.

¹²⁶ FOUQUÉ, R. en 'T HART, A.C., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, 188.

IV. Besluit

81. Na een korte voorstelling van enkele verschijningsvormen van het begrip «rechtszekerheid» werd rechtszekerheid als dogmatisch aspect van het recht onder de loupe genomen. Uit deze analyse kwam naar voren dat het argument van de rechtszekerheid een bepaald mens- en maatschappijbeeld ondersteunt en in stand houdt én tegelijkertijd verbergt. Dit laatste gebeurt door het recht voor te stellen als een natuurlijk, levensfeitelijk *gegeven*, terwijl het eigenlijk een *constructie* blijkt te zijn. De dogmatische rechtswetenschap, door middel van haar «eigen» onderliggende uitgangspunten en methodes, reproduceert dat beeld, meer zelfs, versterkt het en maakt het haast ondoordringbaar en daardoor bijna onzichtbaar.

82. Vervolgens werd rechtszekerheid bestudeerd in een epistemologisch perspectief. Deze analyse bracht het inzicht bij dat, wanneer rechtszekerheid als argument kan worden gebruikt ter bescherming van dat rechtssubject tegen het op-

treden van de verschillende normzetters, het een vruchtbare bijdrage levert in het juridische discours. Overstijgt het rechtszekerheidsargument evenwel deze functie, dan ontwikkelt het zich als een «epistemologisch obstakel», een remming in het rechtswetenschappelijke denken.

83. Het verhaal is hiermee verre van helemaal verteld. De bovenstaande opmerkingen zijn slechts bedoeld als het begin van wat Dworkin een «kettingroman» noemt, een boek waaraan iedere deelnemer, vanuit zijn eigen inzicht, een stukje toevoegt, rekening houdend met de rode draad van het verhaal. Dat is het werk van de andere rapporteurs die aan dit congres deelnemen. Of het verhaal van de rechtszekerheid daarmee een «happy end» krijgt dan wel of het een «horror story» wordt, zal de toekomst – hopelijk tijdig – uitwijzen. Daarover bestaat op dit moment evenwel nog geen zekerheid...

Luc J. WINTGENS

BESTUURLIJKE VRIJHEID GEKLEMD TUSSEN DE BEGINSELEN INZAKE RECHTSZEKERHEID, WETTIGHEID EN VERANDERLIJKHEID

1. Stel dat er zekerheid zou bestaan omtrent wat de overheid kan, mag of moet doen. De verhouding tussen burger, bestuur en rechter zou er heel wat eenvoudiger op kunnen worden. In werkelijkheid is evenwel vast te stellen dat omtrent hetgeen het bestuur mag, kan of moet doen doorgaans een grote onzekerheid bestaat. Voor een groot deel is die onzekerheid te verklaren doordat zowel de bevoegdheid van het bestuur als de wettigheidscontrole – onvermijdelijk – gebaseerd is op nogal vage normen, begrippen en beginselen. Een van die – vage – beginselen, is het rechtszekerheidsbeginsel.

2. In dit preadvies wordt het rechtszekerheidsbeginsel nader onderzocht. In de eerste plaats wordt aandacht besteed aan de wijze waarop het rechtszekerheidsbeginsel een beperking stelt aan bestuurlijke vrijheid (I). Vervolgens wordt nagegaan in welke mate het rechtszekerheidsbeginsel afbreuk kan doen aan het legaliteitsbeginsel (II). Het derde deel ten slotte gaat in op de verhouding tussen het rechtszekerheidsbeginsel en het veranderlijksbeginsel (III).

I. BESTUURLIJKE VRIJHEID BEGRENSD DOOR HET RECHTSZEKERHEIDSBEGINSEL

3. In dit deel wordt onderzocht in welke mate discretionaire bevoegdheden worden begrensd door het rechtszekerheidsbeginsel. Vooraf wordt gepoogd het begrip «discretionaire bevoegdheid» nader te definiëren en wordt het rechtszekerheidsbeginsel gesitueerd ten aanzien van de andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

A. Gebonden bevoegdheden, beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid

4. De bevoegdheden van de overheid worden traditioneel onderverdeeld in «gebonden» bevoegdheden enerzijds, en «discretionaire» bevoegdheden anderzijds. Publiekrechtelijke bevoegdheden zijn «gebonden» wanneer de wet de inhoud of het voorwerp van de beslissing bepaalt die het bestuur moet nemen zodra de gestelde voorwaarden vervuld zijn¹. Van «discretionaire» bevoegdheden is sprake wanneer aan het bestuur enige beoordelings- of beleidsvrijheid wordt toevertrouwd over de wijze waarop de toegekende bevoegdheid wordt uitgeoefend.

Beleidsvrijheid veronderstelt dat de overheid vrij is om zelfstandig te besluiten of een bepaalde bevoegdheid al dan

niet zal worden uitgeoefend. Dit is bv. het geval wanneer aan een bestuur de mogelijkheid wordt gegeven («kan») om bepaalde maatregelen te nemen. Van *beoordelingsvrijheid* is sprake wanneer de uitoefening van bepaalde bevoegdheden afhankelijk wordt gesteld aan «vage normen» of «vage begrippen» (bv. de begrippen algemeen belang, goede ruimtelijke ordening, enz.)².

5. Het onderscheid tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid is van belang voor de aard van het wettigheids-toezicht³. Het toezicht op de beleidsvrijheid zal hoofdzakelijk moeten gebeuren op basis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wanneer het evenwel gaat om de invulling van «vage normen» is te bepalen in welke mate de wetgever de bedoeling had om aan het bestuur de vrijheid te geven om bij de invulling van dit begrip enig beleid te voeren⁴. Indien die bedoeling niet aanwezig is, is de invulling van de vage notie een probleem van wetsinterpretatie waarover de rechter in laatste instantie oordeelt. Het toezicht van de rechter op de beoordeling van het bestuur is in dat geval te vergelijken met het toezicht van het Hof van Cassatie op de interpretatie van (vage) wettelijke begrippen (bv. het foutbegrip) door de feitenrechter⁵.

Behalve in de gevallen waarin het erop aankomt de bevoegdheid van de Raad van State vast te stellen, wordt het onderscheid tussen vage begrippen met of zonder beoordelingsvrijheid voor het bestuur, zelden gemaakt⁶. Wellicht wordt doorgaans – misschien te vanzelfsprekend – aangenomen dat het gebruik van vage normen en begrippen tot doel heeft aan het bestuur enige beoordelingsvrijheid te geven.

² Zie bv. art. 45, § 2, van de Stedebouwwet, luidens hetwelk de gemachtigde ambtenaar aan de afgifte van de vergunning voorwaarden kan verbinden om een *goede plaatselijke ordening* veilig te stellen. Het al dan niet opleggen van voorwaarden behoort tot de beleidsvrijheid. De beoordeling van de «goede plaatselijke ordening» veronderstelt beoordelingsvrijheid.

³ Zie hierover uitgebreid LEUS, K., *Pseudo-wetgeving*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1992, 123, nrs. 121 e.v. en de verwijzingen aldaar.

⁴ In dat geval kan, in navolging van het Duitse recht, worden gesproken over «Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum».

⁵ Zie hierover o.m. CORNELIS, L., *Beginnelsen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Brussel/Antwerpen, Bruylant/Ced Samson/Maklu, 1989, 55, nr. 37.

⁶ Voor het geval waarin dit onderzoek grondig werd gedaan, zie R.v.St., 23 december 1980, V.Z.W. Onderwijsinrichtingen van de zusters van de voorzienigheid en van de onbevleete ontvangenis in Noord-België, nr. 20.838, met verslag auditeur BORRET, J., *T.B.P.*, 1981, 491. Zie ook R.v.St., 10 maart 1987, Goossens, nr. 27.629; R.v.St., 28 juni 1988, nr. 30.496, *R.W.*, 1989-90, 259-60, noot LAM-BRECHTS, W.

¹ MAST, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Brussel, Story-Scientia, 1992, 680, nr. 633. Zie hierover ook BOES, M., «Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing», *R.W.*, 1986-87, 1249-1260; LAGASSE, D., *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, Brussel, Bruylant, 1986; VAN MENSEL, A., *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 15 e.v.; R.v.St., 8 juli 1982, Zoete, nr. 22.446.

B. Begrenzing van discretionaire bevoegdheden : de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

6. De discretionaire bevoegdheden worden in belangrijke mate begrensd door de zogenaamde algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abb) ⁷. Dit zijn algemene rechtsbeginselen die het bestuur in acht moet nemen bij de uitoefening van zijn bestuursfuncties⁸. Bedoeld worden onder meer de hoorplicht, het onpartijdigheidsbeginsel, de motiveringsplicht, het beginsel inzake fair play, het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. De grenslijn tussen de verschillende abb valt niet precies te trekken. Vaak kunnen zij als elkaars toepassingen worden beschouwd ⁹.

7. Ook het rechtszekerheidsbeginsel overlapt enigszins de andere abb. Zo kan het adagium «patere legem quam ipse fecisti» (de overheid moet in individuele toepassingsgevallen de door haar uitgevaardigde algemene normen eerbiedigen) als toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel worden beschouwd ¹⁰. En het vertrouwensbeginsel werd in verband gebracht met het zorgvuldigheidsbeginsel ¹¹. Ook het beginsel inzake draagkrachtige motivering (de motiefplicht) houdt verband met het rechtszekerheidsbeginsel.

C. Het rechtszekerheidsbeginsel

1) Algemeen

8. De aandacht voor het rechtszekerheidsbeginsel is relatief recent. Wellicht is het vooral de rechtspraak van het Arbitragehof die de belangstelling voor het rechtszekerheidsbeginsel heeft opgewekt. Zo werd in het loodsarrest overwogen dat de retroactiviteit van wetten het grondbeginsel van de rechtszekerheid aantast: «Volgens dat beginsel moet de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk zijn, zodat de rechtzoekende in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat

die handeling wordt verricht» ¹². En in een arrest van 11 februari 1993 luidde het dat de wetgever, bij ontstentenis van objectieve en redelijke verantwoording, geen «afbreuk (kan) doen aan het belang van de rechtsonderhorigen om in staat te zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorzien» ¹³.

9. Intussen wordt ervoor gepleit om aan het beginsel van rechtszekerheid — evenals aan het beginsel van evenredigheid — de waarde van een grondwettelijke regel toe te kennen ¹⁴. Het gaat immers om beginselen die hun grondslag vinden in het bestaan van de rechtsstaat zelf ¹⁵. De vraag of het rechtszekerheidsbeginsel al dan niet een algemeen rechtsbeginsel met constitutionele waarde is, lijkt vooralsnog niet beslecht ¹⁶. Maar er wordt niet betwist dat, op het niveau van het bestuursrecht, het rechtszekerheidsbeginsel een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur uitmaakt ¹⁷.

10. Het rechtszekerheidsbeginsel verwijst in de eerste plaats naar het vereiste van de kenbaarheid en de duidelijkheid van het recht. Anders is het voor de rechtzoekende niet mogelijk om de gevolgen van een bepaalde handeling te voorzien ¹⁸. Deze component van het rechtszekerheidsbeginsel wordt soms aangeduid met het begrip «formeel rechtszekerheidsbeginsel» ¹⁹.

Maar het rechtszekerheidsbeginsel is ook nauw verbonden met het vertrouwensbeginsel. Aldus bevestigde het Hof van Cassatie dat het recht op rechtszekerheid «onder meer inhoudt dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat door hem niet anders kan worden opgevat dan als een vaste gedrags- of beleidsregel van de overheid (en) dat daaruit volgt dat de door de overheid opgewekte verwachtingen van de burger in de regel moeten worden gehonoreerd» ²⁰. Het vertrouwensbeginsel maakt de materiële component uit van het rechtszekerheidsbeginsel.

Op beide componenten wordt nader ingegaan. Voor de volledigheid is erop te wijzen dat typische toepassingen van het rechtszekerheidsbeginsel in het bestuursrecht ook te vin-

¹² Arbitragehof, 5 juli 1990, *R.W.*, 1990-91, 291, overw. 8.B.7.2.

¹³ Arbitragehof, 11 februari 1993, arrest nr. 10/93, *B.S.*, 9 maart 1993. Zie ook Arbitragehof, 15 juli 1993, arrest nr. 59/93, *B.S.*, 16 september 1993.

¹⁴ SUETENS, L.P., «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur : begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning», in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, OPDEBEEK, I. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 25.

¹⁵ Zie ook LEUS, K., o.c., 206, nr. 223; VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, OPDEBEEK, I. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 120; VAN ORSHOVEN, P., *l.c.*, 5.

¹⁶ Zie PARMENTIER, C., «La sécurité juridique, un principe général de droit ?», in *La sécurité juridique*, Jeune Barreau de Liège, 1993, (23), 32 e.v.

¹⁷ Cass., 27 maart 1992, *N.F.M.*, 1993, 70, noot LEUS, K. Zie o.m. SUETENS, L.P., «Algemene beginselen (...)», *T.B.P.*, 1981, 86; VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 120; VAN ORSHOVEN, P., *l.c.*, 5; VAN MENSEL, A., o.c., 76 e.v.

¹⁸ Zie ook Vermeulen, advies bij R.v.St., 8 juni 1962, nr. 9.446, *T.B.P.*, 1963, (89); 97, volgens wie het rechtszekerheidsbeginsel betrekking heeft op «de voorzienbaarheid van de eigen en een anders gedragingen door de voorzienbaarheid van de eigen en een anders rechten en plichten».

¹⁹ Zie LEUS, K., o.c., 207, nr. 224.

²⁰ Cass., 27 maart 1992, *N.F.M.*, 1993, 70, noot LEUS, K.

⁷ Zie hierover o.m. SUETENS, L.P., «Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht», *T.B.P.*, 1970, 379-396; SUETENS, L.P., «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State», *T.B.P.*, 1981, 81-89; DEBAEDTS, F., «De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht», *T.B.P.*, 1988, 641-652; VAN MENSEL, A., o.c.; *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, OPDEBEEK, I. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 194 pp.; VAN ORSHOVEN, P., «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur», *Actuele problemen van fiscaal recht*, STORME, M. en VAN CROMBRUGGE, S. (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1989, 1-26.

⁸ VAN ORSHOVEN, P., *l.c.*, 7.

⁹ Zie VAN ORSHOVEN, P., *l.c.*, 5, nr. 13.

¹⁰ VAN ORSHOVEN, P., *l.c.*, 4, nr. 11. Zie in die zin ook R.v.St., 3 april 1973, Penders, nr. 15.800. Het adagium gaat echter ook terug op het gelijkheidsbeginsel (SUETENS, *l.c.*, «Algemene rechtsbeginselen...», *T.B.P.*, 1970, 385-386).

¹¹ R.v.St., 13 mei 1980, *R.W.*, 1981-82, 484, noot VAN NOTEN, W.: «dat voorts het zorgvuldigheidsbeginsel — meer bepaald in zover daarin vervat ligt dat het bestuur verplicht is te vermijden dat rechtmatige verwachtingen, waaronder de door het bestuur verwekte verwachtingen, van de geadmisteerde niet gefrustreerd mogen worden».

den zijn in het leerstuk van het verbod van retroactiviteit ²¹ en in dat van het verbod van intrekking ²².

2) Het vertrouwensbeginsel

a. Begrip

11. Het vertrouwensbeginsel is een beginsel van behoorlijk bestuur volgens hetwelk gerechtvaardigde verwachtingen die door het bestuur bij de justitiabelen zijn gewekt, in beginsel moeten worden gehonoreerd ²³. De burger moet kunnen betrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid, of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan ²⁴. Het bestuur is m.a.w. verplicht te vermijden dat rechtmatige door het bestuur gewekte verwachtingen gefrustreerd worden ²⁵. Aldus vormt het beginsel een tegenwicht voor de geringere voorspelbaarheid van het bestuursoptreden ten gevolge van de aan het bestuur toekomende beleidsvrijheid ²⁶.

Opdat het vertrouwensbeginsel van toepassing is, moet aan de volgende voorwaarden zijn voldaan: het moet gaan om door de overheid gewekte verwachtingen, en het moet gaan om rechtmatige verwachtingen.

b. Door de overheid gewekte verwachtingen

12. Allereerst is na te gaan in welke gevallen het gedrag van de overheid zodanig is, dat daardoor bij de burger bepaalde verwachtingen kunnen worden gewekt ²⁷.

1° HET GEDOGEN

13. Het is mogelijk dat door het bewust stilzitten van de overheid het vertrouwen wordt gewekt dat een bestaande toestand wordt gedoogd, ook al is die toestand niet conform de toepasselijke wettelijke en reglementaire voorschriften. Dit kan bv. het geval zijn wanneer een bouwwerk waarvoor geen bouwvergunning is afgegeven, jarenlang wordt gedoogd. Of wanneer gedurende een bepaalde periode, niet vergunde maar vergunningsplichtige activiteiten worden geduld. Het «gedogen» veronderstelt wel een «omstandig» stilzitten, nl. een willens en wetens stilzitten.

Het lijkt niet billijk dat het bestuur in die gevallen plots het herstel van de wettigheid zou mogen nastreven. De betrokkene heeft er namelijk — op grond van het stilzitten van de overheid — op mogen vertrouwen dat hij in zijn bestaande situatie door het bestuur niet meer zou worden be-

dreigd ²⁸. In geval van een «aflopende» activiteit, zoals het bouwen van een vergunningsplichtige constructie, kan dit gedogen tot gevolg hebben dat niet langer de afbraak van dit bouwwerk kan worden geëist. Wanneer het gaat om een «voortdurende» situatie, bv. de exploitatie van een hinderlijke inrichting, zal elk plotseling optreden als onrechtmatig kunnen worden beschouwd.

14. Een toepassing van de gevolgen van «gedogend bestuursoptreden» is te vinden in een geval waarin een stad niets had ondernomen tegen de afgifte van een exploitatievergunning voor een carrosseriewerkplaats. Na tien maanden spant zij evenwel tegen de exploitant een kort geding aan strekkende tot sluiting van die werkplaats, op grond dat de verkregen vergunning onwettig was en bijgevolg, overeenkomstig artikel 107 van de Grondwet, niet mocht worden toegepast. De voorzitter beschouwde dit optreden van de stad als rechtsmisbruik op grond «qu'en mettant en cause, après dix mois, une décision contre laquelle elle a omis d'exercer le recours légal, la ville de Charleroi a miné la sécurité juridique du défendeur et sa confiance dans les institutions du pays» ²⁹.

15. Het gedogen van het bestuur kan er bijgevolg toe leiden dat zijn beleidsvrijheid wordt beperkt. Niettemin is te onderstrepen dat het gedogen de strafbaarheid van de gedoogde handelingen niet opheft. Wel is het onder omstandigheden mogelijk dat het gedogend bestuursoptreden aanleiding geeft tot het bestaan van een «onoverkomelijke dwaling» bij de burger ³⁰.

2° DE GEDRAGINGEN VAN DE OVERHEID

16. Het vertrouwenwekkend gedrag van de overheid kan ook voortvloeien uit een geheel van gedragingen van het bestuur. Aldus werd aangevoerd dat de overheid het gewettigd vertrouwen van een niet vastbenoemd personeelslid had geschaamd doordat deze na meer dan vijf jaren dienst werd ontslagen. Degene die meer dan vijf jaren in dienst is gebleven, moest — in de opvatting van de verzoekende partij — op een benoeming in vast verband kunnen vertrouwen. De Raad van State verwierp die stelling evenwel omdat niet bleek dat de overheid blij had gegeven van een vast voornemen om de betrokkene vast te benoemen ³¹. In een ander geval moest de gewekte verwachting van een definitieve benoeming wel worden gehonoreerd. Meer bepaald werd aangenomen dat «uit de loutere opgave van de (...) feiten blijkt dat (het bestuur) inderdaad bij verzoeker verwachtingen heeft verwekt — zoniet de zekerheid — dat hij na het slagen voor het examen zou kunnen benoemd worden tot klerk in vast verband (...)» ³². De weigering de betrokkene tot klerk te benoemen werd dan ook vernietigd.

²¹ Zie hierover o.m. VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 125 e.v.; SUETENS, L.P., «De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnances», *T.F.R.*, 1993, 218-222.

²² *Ibid.*, 141 e.v. Zie ook infra nrs. 40 e.v.

²³ Cass., 27 maart 1992, *N.F.M.*, 1993, 70, noot LEUS, K.

²⁴ R.v.St., 28 juni 1990, Eeckhout, nr. 32.893.

²⁵ R.v.St., 13 mei 1980, *R.W.*, 1981-82, 484, noot VAN NOTEN, W.

²⁶ VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 161.

²⁷ De indeling is ontleend aan DE MOOR, A.J.C. en VAN VUGT, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en buitenlandse equivalenten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, 30.

²⁸ Vgl. VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 167: «Het vertrouwensbeginsel kan niet met zich meebrengen dat in geval van een 'gedogen bestuursoptreden' de burger het recht verkrijgt op behoud, voor de toekomst, van de onwettige toestand.»

²⁹ Rb. Charleroi, 22 juni 1990, *J.T.*, 1990, 10.

³⁰ Cass., 23 mei 1977, *A.C.*, 1977, 973. Zie hierover FAURE, M., «De onoverkomelijke rechtsdwaling in milieustrafzaken», *R.W.*, 1991-92, (937), 946; LEUS, K., *o.c.*, 255, nrs. 301 e.v.

³¹ R.v.St., 28 juni 1989, Eeckhout, nr. 32.893.

³² R.v.St., 23 mei 1985, Lemaître, nr. 25.355. Zie ook Cass., 20 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 607, waar werd aangenomen dat een va-

17. Een andere toepassing is te vinden in een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 17 september 1981. De ondernemingen Polk en Bodden, gespecialiseerd in markt-onderzoeken in de sector van de automobiellindustrie, hadden reeds een aantal jaren toegang gekregen tot het bestand van de administratie met betrekking tot de ingeschreven voertuigen. Aan de hand van dit bestand hadden deze bedrijven kennis van de namen en adressen van de eigenaars van autovoertuigen, evenals van de kenmerken van hun voertuig. Zij hadden programma's ontwikkeld om, op grond van deze bestanden, hun commerciële activiteiten te verrichten. Het verlies van deze bestanden was voor deze ondernemingen dan ook rampzalig. In kort geding vorderden zij dat de overheid deze bestanden ter beschikking van de verzoekende ondernemingen zou blijven stellen. In hoger beroep werd de gevorderde maatregel bevolen op grond dat het plotseling en ontijdig stopzetten van voordelen die reeds geruime tijd werden toegekend, foutief is wanneer die bestanden zonder enig voorbehoud ter beschikking werden gesteld en wanneer de betrokken ondernemingen ertoe werden gebracht om in verband met die bestanden investeringen te verrichten ³³.

3° INLICHTINGEN EN INFORMATIE

18. Vertrouwen kan ook gebaseerd zijn op (onjuiste) inlichtingen of mededelingen van overheidswege. Dit is vooral problematisch wanneer de burger in vertrouwen op grond van een bepaalde inlichting of mededeling gehandeld heeft of iets heeft nagelaten waardoor hij in een ongunstiger positie komt te staan dan wanneer hij niet op de overheidsinformatie had vertrouwd. De burger moet immers kunnen vertrouwen op de deskundigheid en de degelijkheid van het bestuur ³⁴. Hij moet er dan ook op kunnen vertrouwen dat de door de overheid verschaftte inlichtingen juist zijn ³⁵.

Door de overheid verstrekte informatie zal normaal enkel tot rechtmatige verwachtingen kunnen leiden wanneer het gaat om een «pertinente betekenisvolle mededeling van die aard dat ze de betrokkene in dwaling brengt over zijn recht of zijn rechtstoestand schade toebrengt» ³⁶. Bovendien mag de burger niet zelf onvoorzichtig of nalatig geweest zijn.

19. Het probleem van het verstrekken van inlichtingen door overheidsorganen werd tot nu toe vooral bekeken in het licht van de overheidsaansprakelijkheid. Krachtens het vertrouwensbeginsel kan de door de overheid verstrekte in-

formatie echter ook de binding van de overheid tot gevolg hebben ³⁷.

4° TOEZEGGINGEN EN BELOFTEN

20. Een reëel vertrouwen moet de burger kunnen ontleen aan toezeggingen en beloften van het bestuur. Er is dan immers de bedoeling van het bestuur om zich met betrekking tot zijn beleidsvrijheid te binden ³⁸. Als vast komt te staan dat een toezegging is gedaan, moet deze in beginsel dan ook worden nagekomen. Zo moet een belastingplichtige die tegen een belastingaanslag bezwaar heeft ingediend en die van de administratie bericht heeft gekregen dat de nodige instructies zijn gegeven om de gedwongen verkoop voorlopig te schorsen, er redelijkerwijs op kunnen vertrouwen dat de gedwongen verkoop van zijn goederen niet langer wordt vervolgd ³⁹. De belastingplichtige kon dan ook aanspraak maken op vergoeding van de door de gedwongen verkoop berokkende schade.

Ook de toezegging om op korte termijn een uitvoeringsbesluit uit te vaardigen kan onder omstandigheden aanleiding geven tot rechtmatig gewekte verwachtingen ⁴⁰.

21. Opdat er gebondenheid bestaat, is wel vereist dat de overheid bevoegd is om zich met betrekking tot haar beleidsvrijheid te binden. Zo zal een overheid zich niet zomaar kunnen engageren tot afgifte van een bouw- of milieuvergunning. Anders zou het openbaar onderzoek dat in het kader van de vergunningsprocedure is voorgeschreven, doelloos worden ⁴¹.

5° BESTENDIGE PRAKTIJK

22. Vertrouwen kan ook ontleend worden aan een bestendige praktijk of een vast beleid. Als een praktijk eenmaal vast is geworden, mag de burger er in de regel op vertrouwen, dat die in zijn geval ook toegepast zal worden ⁴². Binnen zekere grenzen en onder bepaalde voorwaarden kan het bestuur dan ook worden gedwongen om die praktijk verder te volgen ⁴³.

In Nederland besloot de Hoge Raad zelfs tot de wettigheid van bestemmingsbedingen in verkoopakten, mede op grond dat anders «een algemeen gebruikelijke, reeds tientallen jaren bestaande praktijk opeens door de rechter als ontoelaatbaar zou worden bestempeld, hetgeen met het oog

cature voor een betrekking de legitieme verwachtingen wekte dat het benoemde personeelslid zijn betrekking normaal gedurende vijf jaar op een bepaalde plaats zou vervullen (zie hierover GIJSSELS, J., «De overheidsaansprakelijkheid in verband met informatie», *R.W.*, 1980-81, (1202), 1216).

³³ Brussel, 17 september 1981, *J.T.*, 1982, 412, noot QUERTAINMONT, Ph.

³⁴ GIJSSELS, J., *l.c.*, 1214.

³⁵ VAN OEVELEN, A., «Overheidsaansprakelijkheid door verkeerde inlichtingen of wegens foutief verzuim informatie te verschaffen», noot onder *Arbh.* Antwerpen, 2 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1510, 1515.

³⁶ GIJSSELS, J., *l.c.*, 1213. Zie hierover ook PAQUES, M., «L'application de la loi fiscale - Principes de bonne administration et droit administratif et en droit fiscal. Présentation et mise en oeuvre», *J.L.M.B.*, 1993, (399), 473, nrs. 65 e.v.

³⁷ Zie *R.v.St.*, 23 mei 1985, Lemaître, nr. 25.355.

³⁸ In sommige gevallen kunnen toezeggingen en beloften overigens aanleiding geven tot het sluiten van een overeenkomst (zie i.v.m. subsidies, SALMON, J., *Les subventions*, Brussel, Bruylant, 1976, 97 e.v.). In dat geval zijn de civielrechtelijke regels betreffende de geldigheid en uitvoering van contracten van toepassing (zie hierover D'HOOGHE, D., «Overeenkomsten met de overheid», in *De overeenkomst: vandaag & morgen*, STORME, M., MERCHIEERS, Y. en HERBOTS, J. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1990, 128-186).

³⁹ *Rb.* Brussel, 28 juni 1991, *T.B.B.R.*, 1992, 445.

⁴⁰ *Rb.* Brussel, 16 juni 1976, *A.P.M.*, 1976, 23.

⁴¹ Zie VAN GERVEN, W., «Beleidsvereenkomsten», in *Academicae Analecta*, 1984, (39), 61.

⁴² DE MOOR, A.J.C., VAN VUGT, o.c., 31.

⁴³ *R.v.St.*, 10 mei 1988, Schoeters, nr. 30.039.

op de zekerheid omtrent de rechtstoestand van onroerend goed uitermate bezwaarlijk zou zijn» ⁴⁴.

6° REGELGEVING

23. Vertrouwen kan uiteraard ook zijn gebaseerd op regelgeving. Zo moet de burger erop kunnen vertrouwen dat de uitgevaardigde normen blijven gelden totdat ze zijn opgeheven of door andere zijn vervangen ⁴⁵. Hij mag er eveneens op vertrouwen dat de regels die termijngebonden zijn, niet tijdens de betrokken termijn worden gewijzigd. Wanneer de overheid een keuze aanbiedt voor een bepaald programma dat loopt over een bepaalde periode, dan is die overheid in beginsel verplicht om de vervolgens gedane keuze niet onwerkzaam te maken. Wanneer bijvoorbeeld een bepaald leerprogramma wordt aangeboden, wordt de verwachting gewekt dat het leerplan, op zijn minst voor de periode dat het duurt, ongewijzigd zal blijven. Alleen zeer gewichtige redenen kunnen dan een onmiddellijk ingrijpen in het lopend programma verantwoorden ⁴⁶. In dezelfde zin moet de exploitant van een hinderlijk bedrijf die een vergunning voor dertig jaar heeft gekregen, er in de regel op kunnen vertrouwen dat hij, mits hij de exploitatievoorwaarden naleeft, gedurende die termijn zijn bedrijf zal kunnen exploiteren ⁴⁷.

24. Bij het door regelgeving gewekt vertrouwen zijn ook de beleidsregels van belang. De overheid moet namelijk bevoegd worden geacht om, in materies waarin zij in concrete gevallen een discretionaire bevoegdheid uitoefent, algemene beleidsnormen vast te stellen, uit te vaardigen en bekend te maken, teneinde in staat te zijn een samenhangend en coherent beleid te voeren, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt ⁴⁸. De bevoegdheid tot beleidsregelgeving is echter wel begrensd doordat de eigen aard van de discretionaire beslissingsbevoegdheid in de concreet te regelen gevallen, zich verzet tegen de automatische toepassing van de beleidsregel. Het bestuur moet dus steeds kunnen nagaan of de toepassing van de uitgestippelde beleidslijn zich in het voorliggend concreet geval al dan niet opdringt ⁴⁹.

c. Rechtmatige verwachtingen

25. Opdat het vertrouwensbeginsel van toepassing zij, is het niet voldoende dat de overheid bepaalde verwachtingen heeft gewekt. De verwachtingen moeten ook «rechtmatig» zijn. Dit houdt in dat de burger in redelijkheid moest kunnen aannemen dat het bestuurlijk optreden tot het door de ver-

wachtingen gewekte resultaat zou leiden. Indien de normaal voorzichtige en oplettende burger had moeten weten dat de gewekte verwachtingen niet zouden kunnen of mogen worden gehonoreerd, zal hij zich niet op het vertrouwensbeginsel kunnen beroepen ⁵⁰. In dezelfde zin heeft het Hof van Justitie er meermaals op gewezen dat steunontvangende ondernemingen er in beginsel niet op mogen vertrouwen dat de steun die zij ontvangen rechtmatig is, behalve wanneer die steun is verleend in overeenstemming met de in artikel 93 EGV uitgestippelde procedure ⁵¹.

De burger zal zich evenmin op het vertrouwensbeginsel kunnen beroepen indien hij zelf onjuiste of onvolledige informatie aan het bestuur heeft verstrekt ⁵².

26. In beginsel moet worden aangenomen dat verwachtingen slechts gerechtvaardigd zijn wanneer zij gewekt worden door het orgaan dat bevoegd is om het verwachte besluit te nemen ⁵³. Het bestuur kan namelijk enkel geroepen worden om verwachtingen in te lossen die door het bestuur – of een bevoegd orgaan ervan – zijn gewekt ⁵⁴. Aan die regel is nochtans geen absolute draagwijdte toe te kennen. Indien de burger er redelijkerwijze mocht van uitgaan dat de verwachtingen door de bevoegde overheid of het bevoegde orgaan werden gewekt, zal het vertrouwensbeginsel toepassing kunnen vinden ⁵⁵.

d. Sancties op schendingen van het vertrouwensbeginsel

27. De schending van het vertrouwensbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zou logischerwijze tot gevolg moeten hebben dat het gewekte vertrouwen moet worden gehonoreerd. Een overheidsbeslissing die met schending van het vertrouwensbeginsel is genomen, moet bijgevolg worden vernietigd of mag, met toepassing van artikel 107 van de Grondwet, niet worden toegepast. De bestraffing van inbreuken op het vertrouwensbeginsel is evenwel niet zo evident.

28. In de eerste plaats moet de inlossing van de gewekte verwachtingen verenigbaar zijn met het algemeen belang dat de overheid moet behartigen. Vandaar dat wordt gesteld dat de toepassing van het vertrouwensbeginsel een afweging vereist van de belangen van de burger bij honorering van het vertrouwen en het algemeen belang ⁵⁶. Het rechtmatig vertrouwen moet dus niet worden gehonoreerd wanneer «gewichtige» redenen zich daartegen verzetten ⁵⁷. Die redenen kunnen te maken hebben met bv. nieuwe ontwikkelingen, gewijzigde inzichten, de bescherming van belangen en rech-

⁴⁴ H.R., 8 juli 1991, *N.J.*, 1991, nr. 691.

⁴⁵ VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 163.

⁴⁶ R.v.St., 23 maart 1982, Verbergt, nr. 22.137. Zie ook R.v.St., 13 mei 1980, *R.W.*, 1981-82, 484, noot VAN NOTEN, W.: «dat (...) uit de verplichting om vooraf het verloop van de examens bekend te maken, volgt dat de door de faculteit of door de examencommissie in het algemeen bepaalde modaliteiten van de examens niet meer voor wijziging vatbaar zijn, eens dat de periode begonnen is welke de uiterste termijn is waarvoor de modaliteiten van het examen moeten worden bekendgemaakt.»

⁴⁷ R.v.St., 1 juli 1980, pvba Deuragas, nr. 20.491.

⁴⁸ Zie hierover uitgebreid LEUS, K., *o.c.*, 123, nr. 120 e.v.

⁴⁹ LEUS, K., *o.c.*, 160, nrs. 161 e.v.

⁵⁰ LEUS, K., *o.c.*, 166, nr. 171.

⁵¹ Zie H.v.J., 20 september 1990, *T.B.H.*, 1991, 79, noot DONY; GILLIAMS, H., «Terugvordering van onrechtmatige overheidssteun naar Belgisch recht», noot onder Cass., 18 juni 1992, *T.R.V.*, 1993, (234), 239.

⁵² VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 166.

⁵³ DE MOOR, A.J.C. en VAN VUGT, *o.c.*, 32.

⁵⁴ VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 166.

⁵⁵ Zie Cass., 19 december 1991, *J.T.*, 1992, 142, concl. proc.-gen. J. VELU; PAQUES, M., *l.c.*, 476, nr. 68 a; GUSSELS, J., *l.c.*, 1213.

⁵⁶ VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 162.

⁵⁷ R.v.St., 23 maart 1982, Verbergt, nr. 22.137.

ten van derden of van de overheid, het voorkomen of beperken van onwettige situaties, komend (internationaal) recht, enz.

29. Bovendien rijst de vraag in welke mate het vertrouwensbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur de overheid ertoe kan verplichten om voordelen te verlenen in strijd met de wet. Deze mogelijkheid wordt in de rechtsleer vrij algemeen afgewezen⁵⁸. Er wordt namelijk op gewezen dat de overheid door de wetten en reglementen is gebonden en daar bijgevolg niet van mag afwijken. Men kan van de overheid dan ook nooit verlangen dat zij de wet zou moeten schenden. Het vertrouwensbeginsel zou bijgevolg niet contra legem kunnen werken, of nog, het vertrouwensbeginsel zou het wettigheidsbeginsel niet mogen doorbreken⁵⁹.

In zekere zin kan die opvatting worden bijgevalen. Het is immers moeilijk denkbaar dat een wettige beslissing op grond van het vertrouwensbeginsel zou worden vernietigd. Het bestuur zou dan immers in voorkomend geval worden verplicht om, conform het gewekte vertrouwen, een onwettige beslissing te nemen⁶⁰. Het gelijkheidsbeginsel impliceert overigens evenmin dat een in het verleden toegepaste onwettige regeling toepassing moet blijven vinden⁶¹.

De vermelde opvatting dient anderzijds wel te worden genuanceerd. De theorie inzake (het verbod van) intrekking van onregelmatige rechtverlenende handelingen⁶² heeft immers tot gevolg dat de overheid na een bepaalde periode wel degelijk is gebonden door de – zelfs onwettige – overheidsbeslissingen die zij heeft genomen. Bovendien heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk erkend dat het vertrouwensbeginsel in bepaalde omstandigheden zich ertegen kan verzetten dat de overheid terugkomt op onwettig toegekende voordelen⁶³. Het betrof een geval waarin het fiscaal bestuur – in het kader van het recht op aftrek (B.T.W.) – jarenlang was voortgegaan op facturen die niet geheel conform de toepasselijke wetgeving waren opgesteld. Plots werd door de administratie via een dwangbevel overgegaan tot de terugvordering van de afgetrokken belasting. Volgens het Antwerpse Hof van Beroep werd door die terugvordering inbreuk gepleegd op de abbb. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het hof van beroep, «door die beslissing te funderen op het recht van de burger op rechtszekerheid», wettig kon beslissen dat het verzet tegen het dwangbevel van de administratie gegrond was. Derhalve blijkt dat het in bepaalde omstandigheden mogelijk is dat de handhaving van de wette-

lijkheid moet wijken voor de toepassing van het vertrouwensbeginsel⁶⁴.

30. Wanneer de verwachtingen op foutieve wijze zijn gewekt, kan dit gedrag – als rechtsfeit – overeenkomstig de regels betreffende de buitencontractuele aansprakelijkheid ook tot schadevergoeding aanleiding geven⁶⁵. Zo werd het bestuur, in een geval waarin een overlevende echtgenote wegens verkeerde inlichtingen van het bestuur, een tijdlang geen overlevingspensioen had ontvangen, veroordeeld tot betaling van het pensioen vanaf de datum dat zij dit normaal – indien de fout niet ware begaan – zou hebben ontvangen⁶⁶.

3) Beginsel van kenbaarheid en duidelijkheid van het recht

31. In beginsel bestaat er geen *plicht tot het voorafgaand vaststellen van beleidsregels*⁶⁷. In bepaalde omstandigheden kan het rechtszekerheidsbeginsel echter wel vereisen dat bepaalde regels en criteria worden uitgevaardigd betreffende de wijze waarop van een discretionaire bevoegdheid gebruik zal worden gemaakt. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een reglementair besluit bepaalt dat de toelating voor het volgen van bepaalde cursussen kan worden geweigerd, wanneer meer dan vijftig cursisten zijn ingeschreven. Een dergelijke bepaling laat heel wat ruimte over om te bepalen volgens welke criteria de cursisten in dat geval zullen worden toegelaten. De rechtszekerheid vereist dan dat die criteria vóór het organiseren van de leergangen worden vastgesteld en bekendgemaakt, en niet erna, en dat, wanneer die criteria eenmaal zijn vastgesteld, de overheid ertoe gehouden is ze toe te passen⁶⁸.

32. Uit het rechtszekerheidsbeginsel vloeit ook voort dat bestuursbeslissingen binnen een – gezien de omstandigheden – *redelijke termijn* worden genomen. De redelijke-termijneis is weliswaar als een afzonderlijk beginsel van behoorlijk bestuur op te vatten. Toch is erop te wijzen dat hij o.m. de rechtszekerheid als grondslag en als oogmerk heeft, dit om te vermijden dat burgers, ambtenaren of administratieve overheden gedurende lange tijd onzeker zijn over hun rechtstoestand⁶⁹.

33. De rechtszekerheid kan ook eisen dat het bestuur een *uitdrukkelijke en formele beslissing* neemt. Zo werd geoordeeld dat de rechtszekerheid vereist dat de beslissing tot ambtshalve sanering van een stortplaats – rekening houdend met de verstreckende gevolgen ervan – «wordt genomen in de vorm van een besluit dat op zijn minst de uit te

⁵⁸ VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *I.c.*, 167; LEUS, K., «Tegenwettelijk beleid in het domein van het belastingrecht», in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 1051-1067.

⁵⁹ Zie LEUS, K., «Tegenwettelijk beleid», *I.c.*, 1062; GJSSELS, J., *I.c.*, 1212. Vgl. R.v.St., 18 september 1984, Thijs, nr. 24.650: «De Raad van State kan er (...) niet toe komen te beslissen dat duidelijke verordenende bepalingen opzij gezet kunnen worden door ministeriële toezeggingen of beloften van beleidsvoerders, al dan niet op losse gronden gedaan.»

⁶⁰ Zie a contrario R.v.St., 23 mei 1985, Lemaître, nr. 25.355. Vgl. R.v.St., 7 september 1988, Ponsaerts, nr. 30.642.

⁶¹ BEIRLAEN, A., «De toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak van de Raad van State», *R.W.*, 1991-92, (1223), 1226.

⁶² Zie infra, nrs. 40 e.v.

⁶³ Cass., 27 maart 1992, *N.F.M.*, 1993, 70, noot LEUS, K.

⁶⁴ Zie ook PEETERS, B., en CAUWENBERGH, P., «Het voorafgaand schriftelijk akkoord: fiscale (schijn)rechtszekerheid?», *T.F.R.*, 1993, (134), 147.

⁶⁵ GJSSELS, J., *I.c.*, 1221; LEUS, K., «Tegenwettelijk beleid in het domein van het belastingrecht», *I.c.*, 1065.

⁶⁶ Arbh. Antwerpen, 2 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1510, noot VAN OEVELEN; Rb. Brussel, 16 juni 1976, *A.P.*, 1976, 23.

⁶⁷ LEUS, K., *o.c.*, 152, nr. 155.

⁶⁸ R.v.St., 29 juni 1987, Combes, nr. 28.276.

⁶⁹ OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1993, 113. Het verband tussen redelijke-termijneis en rechtszekerheid wordt duidelijk gelegd in R.v.St., 11 januari 1993, Delsa, nr. 41.550.

voeren saneringswerken omstandig omschrijft en de noodzakelijkheid van die werken naar behoren motiveert»⁷⁰.

34. De overheid is overeenkomstig het zorgvuldigheids- en rechtszekerheidsbeginsel ook verplicht om haar *beslissing op duidelijke wijze te formuleren*⁷¹.

35. De rechtsnorm die erop gericht is menselijk gedrag te regelen, moet ingevolge het rechtszekerheidsbeginsel op behoorlijke wijze worden *bekendgemaakt*. Elke zekerheid zou immers verdwijnen wanneer de burger gebonden zou zijn door normen die niet zijn bekendgemaakt⁷². Aldus werd aangenomen dat een milieuvergunning die in 1992 werd uitgereikt en die, wat de na te leven exploitatievoorwaarden betreft, louter verwees naar een aantal rubrieken van een reglementair besluit (Vlarem II) dat bij ontstentenis van bekendmaking niet verbindend was, de rechtszekerheid schond⁷³.

36. Ook de *wijze van kennisgeving* houdt verband met het rechtszekerheidsbeginsel. Zo brengt het rechtszekerheidsbeginsel met zich mee dat, indien de algemene modaliteiten van examens individueel aan de studenten worden aangezegd, de wijzigingen ervan op dezelfde wijze aan de ingeschreven examinandi moeten worden meegedeeld⁷⁴.

37. De rechtszekerheid vereist eveneens een *tijdige kennisgeving* van overheidsbeslissingen. Dit betekent dat de kennisgeving moet gebeuren binnen de wettelijk vastgestelde termijn, minstens binnen een – gezien de omstandigheden – redelijke termijn. Een interessante toepassing hiervan is te vinden in het recente arrest Maes⁷⁵. De beslissing over een beroep inzake milieuvergunningen was weliswaar binnen de wettelijk gestelde termijn genomen. De beslissing in beroep was echter niet binnen de daarvoor gestelde termijn ter kennis van de aanvrager gebracht. De Raad van State overwoog dat de in de wetgeving bepaalde termijnen duidelijk blijk gaven van de bedoeling van de decreetgever om de aanvrager van een vergunning binnen een relatief korte termijn zekerheid te geven over het lot van zijn aanvraag. De aldus beoogde rechtszekerheid vereist niet alleen dat de beslissing in beroep tijdig wordt genomen, maar ook dat ze tijdig ter kennis van de aanvrager wordt gebracht. Het voortaan van een andere oplossing zou immers leiden tot een volledige uitholling van de door de decreetgever nagestreefde rechtszekerheid.

38. Ook de *bekendmaking* moet *tijdig* gebeuren. Artikel 134, § 1, van de Nieuwe Gemeentewet bepaalt bijvoorbeeld

dat, ingeval de openbare orde ernstig wordt bedreigd en een dringend optreden is vereist, de burgemeester politieverordeningen kan maken, onder verplichting om daarvan onverwijld aan de gemeenteraad kennis te geven. De verordeningen vervallen indien ze niet door de raad in de eerstvolgende vergadering worden bekrachtigd. Die beslissing moet dan uiteraard overeenkomstig artikel 11 van de Nieuwe Gemeentewet worden bekendgemaakt. De rechtszekerheid vereist dat die bekendmaking spoedig gebeurt⁷⁶. Bij gebreke daarvan moet worden aangenomen dat de burgers terecht hebben kunnen aannemen dat de verordening van de burgemeester door de raad niet is bekrachtigd en dat deze verordening bijgevolg is komen te vervallen.

II. HET WETTIGHEIDSBEGINSEL VS. HET RECHTSZEKERHEIDSBEGINSEL

39. De rechtsstaat vereist dat de overheid handelt binnen de grenzen van de haar toevertrouwde bevoegdheden. Een effectieve toepassing van die regel is uiteraard maar mogelijk wanneer wordt aangenomen dat onwettig overheidsop treden zoveel mogelijk wordt geneutraliseerd. In dat verband bepaalt artikel 107 van de Grondwet uitdrukkelijk dat de hoven en de rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen «in zover zij met de wetten overeenstemmen». Bijkomend is ook voorzien in een objectief beroep bij de Raad van State op grond waarvan administratieve rechtshandelingen kunnen worden geschorst en vernietigd.

Maar hoe verhoudt het legaliteitsbeginsel zich tot het rechtszekerheidsbeginsel? In welke mate moet uit het rechtszekerheidsbeginsel voortvloeien dat de burger op een bepaald ogenblik de zekerheid moet hebben dat bepaalde beslissingen – onder voorbehoud van het veranderlijkeheidsbeginsel (zie infra) – zelfs in geval van onwettigheid niet langer in het gedrang kunnen worden gebracht?

Naar Belgisch recht wordt de afweging van beide beginselen op uiteenlopende wijze ingevuld ten aanzien van het bestuur enerzijds, en van de hoven en rechtbanken anderzijds. Ten aanzien van bestuurshandelingen zal – in bepaalde gevallen – het rechtszekerheidsbeginsel na verloop van tijd primeren op het legaliteitsbeginsel. De hoven en rechtbanken anderzijds stellen in beginsel het legaliteitsbeginsel voorop.

A. Ten aanzien van de overheid

1) De theorie van de intrekking

40. Het is mogelijk dat het bestuur, eventueel na tussenkomst van een belanghebbende, tot het inzicht komt dat een bepaalde beslissing onwettig is. De vraag rijst dan of het betrokken bestuur onmiddellijk kan ingrijpen en die beslissing, door de intrekking ervan, ab initio ongedaan kan maken. Volgens de Raad van State moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de beslissing al dan niet regelmatig is en/of rechten toekent. De intrekking van rechtshandelingen waardoor geen rechten worden verkregen, wordt steeds mogelijk geacht. Een regelmatige beslissing die rechten doet

⁷⁰ R.v.St., 12 juni 1992, N.V. Eikenaar, nr. 39.715.

⁷¹ R.v.St., 2 juni 1992, D'Heer, nr. 39.553. Vgl. R.v.St., 23 mei 1989, C.V.C.C., nr. 32.632. Zie ook het Handvest van de gebruiker van de openbare diensten, B.S., 22 januari 1993, 1150. Vgl. E.H.R.M., 16 december 1992, de Geouffre de la Pradelle, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 253-B, § 27-35, waar de onduidelijkheid omtrent de termijn om een vordering in te stellen, in een geval waarin de vordering als laattijdig werd verklaard, als een schending van het recht van toegang tot een rechter in de zin van art. 6, lid 1, E.V.R.M. werd beschouwd.

⁷² LEUS, K., o.c., 117, nr. 114. Zie ook LAMBRECHTS, W., «Het zorgvuldigheidsbeginsel», in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, OPDEBEEK, I. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1993, (27), 46.

⁷³ R.v.St., 5 november 1992, nr. 40.968.

⁷⁴ R.v.St., 13 mei 1980, R.W., 1981-82, 484, noot VAN NOTEN, W.

⁷⁵ R.v.St., 3 juni 1993, N.V. Maes, nr. 43.177, T.M.R., 1993, 237, noot LAVRYSEN, L.

⁷⁶ R.v.St., 16 maart 1993, Maton, nr. 42.304.

ontstaan, kan daarentegen in beginsel nooit worden ingetrokken⁷⁷. Voor de onregelmatige beslissingen die rechten doen ontstaan, werd naar een oplossing gezocht die de beginselen van rechtszekerheid en legaliteit verzoent.

In de regel moet de overheid gebonden worden geacht door — zelfs onregelmatige — individuele administratieve rechtshandelingen die rechten toekennen. De overheid die een constitutieve beslissing heeft genomen waarbij ze aan een bepaald persoon in diens belang — of mede in diens belang — een als definitief bedoeld voordeel verleent, kan deze dus niet meer om wettigheidsredenen intrekken of opheffen⁷⁸. Gedurende een beperkte periode is de intrekking (of opheffing) van individuele beslissingen die rechten toekennen, echter wel mogelijk. Het bestaan van een annulatieberoep bij de Raad van State leidt immers automatisch tot enige onzekerheid over het definitief karakter van de bestuursbeslissing. Die onzekerheid brengt met zich mee dat de overheid bevoegd wordt geacht om gedurende de termijn voor het instellen van een annulatieberoep, alsmede gedurende de tijd dat een annulatieberoep tegen die beslissing hangende is, haar beslissing in te trekken. Het verstrijken van de termijn om tegen een dergelijke beslissing een annulatieberoep in te stellen zonder dat een dergelijk beroep effectief aanhangig is gemaakt, is dan het declaratief feit dat de onzekerheid betreffende de onaantastbaarheid van de beslissing wegneemt, zodat na dat declaratief feit die beslissing ten aanzien van de overheid definitief is, met inbegrip van de rechtsverhouding welke uit die beslissing is voortgekomen⁷⁹.

De intrekking is ook nog mogelijk — zelfs na de termijn om een annulatieberoep in te stellen — indien de rechtshandeling door een zodanige onregelmatigheid is aangetast dat zij voor niet bestaande moet worden gehouden, wanneer de handeling door bedrog is uitgelokt of wanneer een uitdrukkelijke wetsbepaling de intrekking oplegt of toelaat. Het hanteren van de theorie van de niet bestaande en door bedrog uitgelokte handeling steunt op de overweging dat, gezien de aard van de onregelmatigheid van de in te trekken handeling, de belanghebbende onmogelijk de legitieme verwachting kon hebben gekoesterd dat de betrokken handeling op een bepaald ogenblik onintrekbaar en bijgevolg definitief zou zijn geworden⁸⁰.

41. Op de talrijke discussies waartoe het leerstuk van de intrekking aanleiding geeft, kan binnen dit bestek niet worden ingegaan⁸¹. Niettemin is op te merken dat de theorie

van de intrekking heel wat vragen doet rijzen, hetgeen haar toepasbaarheid in de praktijk niet vergemakkelijkt. Zo is niet steeds duidelijk wanneer er sprake is van beslissingen die rechten doen ontstaan. In het algemeen wordt in dit verband aangenomen dat er sprake is van een louter «declaratieve» handeling, wanneer de betrokken handeling op zich geen voordelen toekent aan de belanghebbende doch zich enkel beperkt tot de vaststelling dat deze bepaalde, elders geformuleerde, voorwaarden vervult op grond waarvan de noodzakelijke gevolgtrekkingen worden vastgesteld. Wanneer een voordeel wordt toegekend, zonder dat daartoe enige discretionaire bevoegdheid moet worden aangewend, is er dus sprake van een declaratieve rechtshandeling. Wordt evenwel een voordeel toegekend op basis en met toepassing van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur, dan gaat het om een constitutieve rechtshandeling. Verwijzend naar de discussie over «vage begrippen», is het bijgevolg ook voor de toepassing van de theorie van de intrekking van belang om te bepalen of vage normen aan het bestuur al dan niet discretionaire bevoegdheden toekennen.

2) Beperkte intrekbaarheid van de niet individuele rechtsverlenende handelingen

42. De principiële onaantastbaarheid van administratieve rechtshandelingen betreft enkel de individuele rechtshandelingen die rechten hebben doen ontstaan ten gunste van derden. Administratieve rechtshandelingen die geen rechten doen ontstaan, genieten die onschendbaarheid niet en kunnen — overeenkomstig de klassieke theorie — steeds worden ingetrokken, ongeacht de regelmatigheid van de beslissing⁸². Die opvatting moet echter worden genuanceerd. De intrekking moet immers worden beschouwd als een bestuurs-handeling met terugwerkende kracht, aangezien ze de handeling die ze heeft verricht ab initio, met terugwerkende kracht tot op het ogenblik waarop de handeling in het leven werd geroepen, tenietdoet. Welnu, uit het beginsel van de niet-retroactiviteit van bestuurshandelingen, volgt dat terugwerkende kracht slechts kan worden aangenomen wanneer daarvoor een wettelijke grondslag bestaat of wanneer dit noodzakelijk is voor de goede werking van de diensten en daardoor, zelfs voor de toekomst, geen verkregen rechten worden aangetast⁸³. De intrekking van rechtshandelingen die geen rechten toekennen, zal dus hoe dan ook nog met

⁷⁷ Dit is wel mogelijk wanneer dit door de wet uitdrukkelijk is toegestaan, of als de rechthebbende van zijn recht afstand heeft gedaan en de intrekking de rechten van derden geen schade toebrengt (zie X, noot onder Cass., 10 september 1981, A.C., 1981-82, 54).

⁷⁸ R.v.St., 24 mei 1983, Tommelein, nr. 23.281. Zie ook R.v.St., 14 mei 1979, Vaelen, nr. 19.618.

⁷⁹ Over de vraag wanneer die termijn een aanvang neemt, in geval het gaat om een rechtshandeling die niet hoeft te worden bekendgemaakt of betekend, zie R.v.St., Leuridan, 11 maart 1980, nr. 20.179; PAQUES, M., *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 259, nr. 203; VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 155.

⁸⁰ Zie hierover BORRET, J., verslag bij R.v.St., 30 mei 1980, De Ridder, nr. 20.372, *T.B.P.*, 1981, 251-254.

⁸¹ Zie hierover o.m. QUERTAINMONT, Ph., «Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception

d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits)», *R.C.J.B.*, 1990, 410 e.v.; LAGASSE, D., «De l'antinomie entre les principes de la légalité et de la sécurité juridique», noot onder Rb. Brussel, 18 september 1987, *J.T.*, 1988, 479 e.v.; VAN DAMME, M., «Is inzake de intrekking van bestuurshandelingen een doorgedreven parallelisme met de vernietiging wenselijk?», *T.B.P.*, 1985, 174 e.v.; PAQUES, M., o.c., 249, nr. 193 e.v. VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 141 e.v.; VELU, J., noot onder Cass., 10 september 1981, A.C., 1981-82, 52.

⁸² De mogelijkheid om regelmatige rechtshandelingen die geen rechten verlenen, in te trekken, wordt nochtans betwist. Zie LEWALLE, P., *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Luik-Den Haag, 1975, 245; PEREMANS, R., «De intrekking door de administratieve overheid van de door haar uitgereikte bouw- en verkavelingsvergunningen», *T.Aann.*, 1974, 184; PAQUES, M., o.c., 255, nr. 199.

⁸³ Over het niet-retroactiviteitsbeginsel, zie o.m. VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 125 e.v.

het niet-retroactiviteitsbeginsel in overeenstemming moeten zijn.

3) Standpunt van het Rekenhof

43. Het is bekend dat de opvatting van de Raad van State over de – beperkte – onaantastbaarheid van onregelmatige administratieve rechtshandelingen die rechten doen ontstaan, door het Rekenhof niet wordt bijgevalen. Naar de mening van het Rekenhof moet een onregelmatige bestuurs-handeling steeds ingetrokken kunnen worden. Volgens het Rekenhof komt het niet toe aan de Raad van State om de bevoegdheid van de overheid in te perken om te allen tijde een einde te maken aan het bestaan van onregelmatige handelingen door middel van de intrekking ervan⁸⁴.

44. Dit leidt regelmatig tot conflicten, bv. in een geval waarin de overheid een benoeming had ingetrokken, nadat het Rekenhof had opgemerkt dat die benoeming in strijd was met de toepasselijke reglementering. De Raad van State vernietigde de intrekking omdat niet aan de voorwaarden voor de intrekking van onregelmatige rechtsverlenende handelingen was voldaan. De Raad benadrukte dat de vernietiging inhield dat verzoekster «erga omnes – dus ook tegenover het Rekenhof – rechtens geacht moet worden» regelmatig benoemd te zijn geweest⁸⁵. Een dergelijke gevolgtrekking is wellicht toch wat verregaand. Uit de vernietiging van de intrekkingbeslissing volgt enkel – erga omnes – dat het bestuur geacht moet worden de benoeming nooit te hebben ingetrokken.

4) Standpunt van de hoven en de rechtbanken

45. Er is geen reden om aan te nemen dat de hoven en de rechtbanken de door de Raad van State geïntroduceerde theorie van de intrekking van bestuurshandelingen verwerpen⁸⁶. Aldus overwoog het Hof van Cassatie «dat door de verleende bouwvergunning, in principe, voor degene die ze krijgt, rechten zijn ontstaan die de gemeenteoverheid niet mag aantasten (en dat de gemeente) onder meer nadien de bouwvergunning niet mag intrekken omdat ze bij vergissing en dus onregelmatig is verleend, wanneer die onregelmatigheid aan haarzelf te wijten is»⁸⁷. Een dualiteit van opvattingen kan m.i. evenmin worden afgeleid uit het – verder te bespreken – cassatiearrest van 21 april 1988. In zijn gelijklopende conclusie bij dit arrest werd de theorie van de intrekking door advocaat-generaal Janssens de Bisthoven overigens niet betwist⁸⁸.

5) De overheid is niet bevoegd om onwettige reglementen niet toe te passen

46. Artikel 107 van de Grondwet geldt enkel ten aanzien van de met rechtspraak belaste organen. Het bestuur dat niet als rechtsprekend college optreedt, is dan ook verplicht om de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen toe te passen, zolang ze niet zijn opgeheven, ingetrokken of vernietigd, tenzij ze wegens hun flagrante, onbetwistbare onwettigheid als niet bestaande beschouwd moeten worden⁸⁹. Het bestuur kan zich bij het nemen van bestuursbeslissingen in de regel dus niet zelf op de onwettigheid van reglementen en beslissingen beroepen⁹⁰.

B. Ten aanzien van de rechter

1) Algemeen: art. 107 van de Grondwet

47. Geldt het beginsel inzake de onaantastbaarheid van verkregen situaties ook ten aanzien van de rechter?

Vrij algemeen wordt aangenomen dat de rechter, zodra hij kennis neemt van een rechtsvordering, overeenkomstig artikel 107 van de Grondwet verplicht is om elke onwettige bestuurshandeling buiten toepassing te laten⁹¹.

48. De vraag in welke mate de hoven en rechtbanken al dan niet toepassing mogen maken van – niet meer voor intrekking vatbare – onwettige constitutieve bestuurshandelingen, kwam voor het eerst aan bod in het arrest van het Hof van Cassatie van 21 april 1988⁹². De vraag rees in welke mate een particulier de verdere uitvoering kon eisen van een – onwettig – koninklijk besluit waarbij hem bepaalde pensioenrechten waren toegekend. Het hof van beroep had de Belgische Staat veroordeeld om het pensioen – conform het onwettig koninklijk besluit – verder uit te betalen. Volgens de appelrechters kon de Belgische Staat zich niet meer op de onwettigheid van dit koninklijk besluit beroepen omdat het definitieve rechten had toegekend. Dit arrest werd door het Hof van Cassatie vernietigd omdat, in strijd met artikel 107 van de Grondwet, toepassing werd gemaakt van een besluit waarvan de onwettigheid werd vastgesteld. Het Hof van Cassatie koos dus ondubbelzinnig voor het legaliteitsbeginsel. In de conclusie van advocaat-generaal Janssens de Bisthoven werd die oplossing nader verantwoord: «En l'espèce, l'administration paraît avoir commis une erreur en accordant la pension litigieuse. Elle a eu connaissance de cette erreur après l'expiration des délais lui permettant de retirer cet acte. Elle s'est inclinée devant l'avis

⁸⁹ R.v.St., 19 september 1991, Browaeys, nr. 37.671; R.v.St., 14 november 1985, N.V. Meubelcentrale Heylen, nr. 25.858.

⁹⁰ ALEN, A., *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 841, nr. 448, waar wel wordt verwezen naar rechtspraak in andere zin: BORRET, J., «Het beginsel 'patere legem' ten aanzien van een onwettig reglement», *T.B.P.*, 1969, 189-190. *Contra*: R.v.St., 27 januari 1988, Leens, nr. 29.227.

⁹¹ Zie Cass., 22 maart 1993, *Fundamentele rechtspraak*, 1993, 6; Cass., 10 november 1992, *R.W.*, 1992-93, 89. Zie ook Cass., 27 september 1990, *R.W.*, 1990-91, 852; Cass., 19 oktober 1989, *R.W.*, 1989-90, 1185. Zie ook ALEN, A., «De raadsels van artikel 107 van de Belgische Grondwet», *R.W.*, 1983-84, (1730), 1731.

⁹² Cass., 21 april 1988, *Pas.*, 1988, I, 983, concl. adv.-gen. JANSSENS DE BISTHOVEN, en noot QUERTAINMONT, Ph., *R.C.J.B.*, 1990, 402.

⁸⁴ Zie o.m. nota van het Rekenhof in verband met de intrekking van administratieve handelingen (*Gedr.St., Kamer*, 1970-71, nr. 797/1, bijlage II, 13-16).

⁸⁵ R.v.St., 27 augustus 1992, Wollecamp, nr. 40.163.

⁸⁶ Zie ook LAGASSE, D., *l.c.*, 481.

⁸⁷ Cass., 3 december 1985, *A.C.*, 1985-86, 475. Zie ook Cass., 10 september 1981, *A.C.*, 1981-82, met noot; Brussel, 18 december 1980, *J.T.*, 1981, 491; Bergen, 20 juni 1985, *J.T.*, 1986, 550.

⁸⁸ *Pas.*, 1988, I, 991: «(L'administration) ne peut plus retirer l'acte, c'est à dire l'annuler ab initio, privant ainsi intégralement le bénéficiaire du droit que cet acte a créé.»

de la Cour des comptes. Dans ces conditions, il se conçoit difficilement que la juridiction civile condamne l'autorité administrative à exécuter un acte dont l'illégalité est reconnue»⁹³.

49. De theorie van de intrekking hoeft bijgevolg niet met zich mee te brengen dat bestuursbeslissingen die ten aanzien van het bestuur «definitief» geworden zijn, ook ten aanzien van de rechter onaantastbaar zijn: «La condamnation de l'autorité administrative à exécuter un acte illégal, prononcée par le juge civil, a une portée différente de l'interdiction faite à l'administration de retirer cet acte ou de se prévaloir de son illégalité à l'appui du retrait d'un acte postérieur»⁹⁴.

2) Aanvoering door het bestuur

50. De vraag of de overheid zich zelf op de onwettigheid van haar beslissingen kan beroepen, wordt door de rechtspraak doorgaans positief beantwoord⁹⁵. Dit blijkt vooral uit de rechtspraak inzake onrechtmatig toegekende staatssteun⁹⁶.

Gelet op de weigering van het visum van het Rekenhof, weigerde de Belgische Staat de kapitaalpremies te betalen die op grond van de wet van 4 augustus 1978 betreffende de economische heroriëntering aan een onderneming waren toegekend. De Staat beriep zich onder meer op de onwettigheid van de beslissing om die kapitaalpremies toe te kennen. De rechtbank te Brussel nam dit verweer aan en besloot dan ook dat artikel 107 «peut conduire à permettre à l'autorité administrative de se retrancher derrière une illégalité qu'elle a elle-même commise pour ne pas exécuter une décision qu'elle a régulièrement prise et notifiée»⁹⁷.

Dat is ook het standpunt van het Hof van Cassatie. In een geval waarin de gemeente de wedde op basis van een onjuiste anciënniteit had bepaald, heeft het Hof namelijk aangenomen dat de gemeente recht had op terugbetaling van de ten onrechte ontvangen wedde en dit overeenkomstig de artikelen 1376 en 1377 B.W.⁹⁸

Ook op het vlak van het Europees recht is overigens vast te stellen dat een lidstaat zich niet op het rechtmatig vertrouwen van de begunstigde van onrechtmatig toegekende overheidssteun mag beroepen om niet tot terugvordering over te gaan⁹⁹. De overheidssteun kan dan overigens worden teruggevorderd op grond dat de door de overheid aan-

gegane verbintenis wegens ongeoorloofde oorzaak volstrekt nietig is¹⁰⁰.

51. De rechtspraak van de Raad van State luidens welke de onwettigheid van definitief geworden individuele bestuurshandelingen in principe niet meer mag worden opgeworpen naar aanleiding van een tegen een latere handeling gericht annulatieberoep¹⁰¹, hoeft niet de opvatting van het Hof van Cassatie niet in strijd te worden geacht. Deze rechtspraak houdt immers verband met de strikte termijn voor het instellen van een annulatieberoep. Meer bepaald mag het beroep op artikel 107 niet worden aangewend om de beroepstermijn te omzeilen.

52. De mogelijkheid voor het bestuur om zich op eigen onwettigheden te beroepen, hetzij als verweer, hetzij als grondslag van de ingestelde vordering, kan op het eerste gezicht tegen de borst stuiten. Toch lijkt dit niet tot onbillijke gevolgen te leiden. Het is immers niet zo dat de vaststelling van onwettigheid de belanghebbende alle rechtsmiddelen ontnemt.

Wanneer bijvoorbeeld onrechtmatig toegekende staatssteun wordt teruggevorderd op grond dat het ging om een verbintenis met een ongeoorloofde oorzaak, worden de belangen van de – eventueel¹⁰² – onschuldige partij, beschermd door de regels betreffende de buitencontractuele aansprakelijkheid¹⁰³. De aansprakelijkheid stoelt dan op het feit dat de overheid, door bepaalde – onwettige – toezeggingen te doen, een fout heeft begaan. De schadevergoeding kan dan twee vormen aannemen: ofwel een herstel in natura ofwel een geldelijk herstel. Het herstel in natura zou inhouden dat de rechter de partij die de nietigheid wenst te verkrijgen, die nietigverklaring ontzegt. Die mogelijkheid wordt echter betwist in de gevallen waarin de verbintenis door een absolute nietigheid is aangetast¹⁰⁴. In dat geval is degene die, ondanks de eigen fout, de nietigheid van de verbintenis opwerpt, in elk geval verplicht schadevergoeding te betalen. Die schadevergoeding kan onder omstandigheden gelijk zijn aan de bedragen die krachtens de nietige verbintenis betaald zouden moeten worden¹⁰⁵.

De terugvordering van onrechtmatig betaalde bedragen kan onder omstandigheden ook als strijdig met de abbb worden beschouwd, het rechtszekerheidsbeginsel inbegrepen. In dat verband is vooral te verwijzen naar het – reeds be-

⁹³ *Pas.*, 1988, I, 991.

⁹⁴ JANSSENS DE BISTHOVEN, J., conclusie bij Cass., 21 april 1988, *Pas.*, 1988, I, 991.

⁹⁵ Voor een overzicht van de – verdeelde – rechtspraak en rechtsleer tot 1984, zie ALLEN, A., o.c., 832-842, nrs. 447 e.v.

⁹⁶ Zie hierover o.m. QUERTAINMONT, Ph., «Responsabilité de l'administration dans l'octroi d'aides financières aux entreprises», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 132-161.

⁹⁷ Rb. Brussel, 18 september 1987, *J.T.*, 1988, 479, noot LAGASSE, D.

⁹⁸ Cass., 19 oktober 1989, *R.W.*, 1989-90, 1185. Zie ook het reeds besproken cassatiearrest van 21 april 1988. *Contra*: Rb. Antwerpen, 3 februari 1992, *R.W.*, 1992-93, 338. Over de mogelijkheid om ten onrechte betaalde bedragen terug te vorderen op grond van de verrijking zonder oorzaak, zie ook DELAHAUT, P.J., «Réflexions sur la théorie du retrait des décisions administratives», *A.P.*, 1978-79, (40), 50.

⁹⁹ H.v.J., 20 september 1990, *T.B.H.*, 1991, 79, noot DONY.

¹⁰⁰ GILLIAMS, H., «Terugvordering van onrechtmatige overheidssteun naar Belgisch recht», noot onder Cass., 18 juni 1992, *T.R.V.*, 1993, 234, 239. Het geannoteerde arrest had betrekking op de nietigheid van staatssteun in de vorm van een kapitaalbijleg.

¹⁰¹ MAST, A. en DUJARDIN, J., o.c., 723, nr. 666.

¹⁰² Er zal immers moeten worden nagegaan of de betrokkene in redelijkheid op de wettigheid van de overheidsbeslissing mocht vertrouwen; zie H.v.J., 20 september 1990, *T.B.H.*, 1991, 79, noot DONY.

¹⁰³ Zie in die zin bv. Rb. Brussel, 18 september 1987, *J.T.*, 1988, 479, noot LAGASSE, D.

¹⁰⁴ RAUWS, W., *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 81.

¹⁰⁵ Zie hierover CORNELIS, L., «La responsabilité; conséquence éventuelle du processus précontractuel», *T.B.B.R.*, 1990, (391), 420; VANWIJCK-ALEXANDRE, M., «La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats», *Ann.Fac.Liège*, 1980, (17), 51.

sproken — cassatiearrest van 27 maart 1992¹⁰⁶. Daaruit is gebleken dat het rechtszekerheidsbeginsel in bepaalde omstandigheden tot gevolg kan hebben dat de strikte toepassing van de wet achterwege blijft.

Wanneer een terugvordering gebeurt op grond van de regels betreffende de verrijking zonder oorzaak, is na te gaan of wel aan de toepassingsvoorwaarden daarvan is voldaan¹⁰⁷. Het instellen van een vordering door de overheid kan onder omstandigheden ook nog als rechtsmisbruik worden aangemerkt¹⁰⁸. Eventueel kan nog een beroep worden gedaan op de rechtsspreuken «Nemo auditur» en «In pari causa»¹⁰⁹.

3) Aanvoering door derden-belanghebbenden

53. De derde-belanghebbende is niet verplicht met het oog op het aanvoeren van de onwettige bestuurshandeling, vooraf op de Raad van State een beroep te doen¹¹⁰. Hij kan zich bijgevolg steeds, ongeacht het instellen van een annulatieberoep bij de Raad van State en het resultaat ervan, ten aanzien van de burgerlijke rechter op de onwettigheid van een bestuurshandeling beroepen. Die mogelijkheid wordt evenmin beperkt door de omstandigheid dat de beslissing niet meer voor annulatieberoep vatbaar is en derhalve definitief is geworden¹¹¹.

Prof. Suetens wijst op de ongerijmdheid van die mogelijkheid. Volgens hem kan van een behoorlijk handelend burger die een bestuurshandeling onrechtmatig acht, in redelijkheid verwacht worden dat hij van de door de wetgever gebonden mogelijkheid om die bestuurshandeling direct aan te vechten, gebruik maakt. Indien van die mogelijkheid geen gebruik wordt bemaakt, zou de betrokkene niet langer gerechtigd mogen zijn om nadien toch een vordering tot schadeloosstelling bij de burgerlijke rechter in te stellen. Door geen annulatieberoep in te stellen heeft hij zijn recht om zich op de onwettigheid van de bestuurshandeling in te roepen immers verwerkt¹¹².

Het Hof van Cassatie heeft de rechtsfiguur van de rechtsverwerking — als autonoom rechtsbeginsel — verworpen¹¹³. Dit belet echter niet dat de rechtsverwerking kan

worden ingeroepen in het kader van rechtsmisbruik. Het is dus mogelijk aan te voeren dat rechtsmisbruik wordt gepleegd door degene die een hem toekomend recht uitoefent, hoewel de houder van dat recht een houding heeft aangenomen die objectief onverenigbaar is met de uitoefening van dat recht, zodat het gewettigd vertrouwen van degene jegens wie het recht wordt ingeroepen, is misleid¹¹⁴. Hoewel het enkele feit geen annulatieberoep te hebben ingesteld m.i. niet met zich meebrengt dat de betrokkene zich niet langer op de onwettigheid van die akte kan beroepen, kan het ter beoordeling van het al dan niet bestaan van misbruik van recht wel een relevante beoordelingsfactor zijn. Het niet instellen van een schorsingsvordering of van een annulatieberoep kan m.i. onder omstandigheden ook beschouwd worden als een buitencontractuele fout, bv. in die gevallen waarin dit beroep nodig is om de schade te beperken¹¹⁵.

54. In de meeste gevallen zal een derde-belanghebbende de onwettigheid van bestuurshandelingen opwerpen in het kader van een vordering gebaseerd op de buitencontractuele aansprakelijkheid. Er zal dan moeten worden aangetoond dat, ongeacht de (on)wettigheid van de beslissingen op grond waarvan bepaalde handelingen zijn gestoeld (bv. een bouwvergunning), de betrokkene niet als een normaal voorzichtig persoon heeft gehandeld. Zo zal, bij ontstentenis van een vernietigingsberoep bij de Raad van State, een derde-belanghebbende de onwettigheid van een bouwvergunning tegen de houder ervan enkel kunnen aanvoeren wanneer wordt aangetoond dat deze moest weten dat de uitvoering van het bouwwerk gebeurde op grond van een onwettige bouwvergunning¹¹⁶.

C. Rechtszekerheid en het in stand houden van de gevolgen van vernietigde rechtshandelen

55. Op grond van het rechtszekerheidsbeginsel wordt aangenomen dat de vernietiging van onwettige bestuursbeslissingen niet noodzakelijk tot gevolg moet hebben dat aan vernietigde beslissingen geen enkel rechtsgevolg mag worden toegekend. Zo moeten de handelingen verricht door de schijnbaar regelmatig aangestelde schepenen, waarvan de verkiezing nadien is vernietigd, in beginsel geacht worden uit het oogpunt van bevoegdheid geldig tot stand te zijn gekomen¹¹⁷.

en rechtsverwerking in het individuele arbeidsovereenkomstenrecht», in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, 1993, 27-69.

¹¹⁴ VAN OEVELEN, A., o.c., 61.

¹¹⁵ Over de plicht van elke burger om de schade te beperken, zie o.m. CORNELIS, L., o.c., 183, nrs. 103 e.v.

¹¹⁶ JADOT, B., «La responsabilité du titulaire d'une autorisation administrative irrégulière» (noot onder Bergen, 17 februari 1982), *T.Aann.*, 1984, 39 e.v.

¹¹⁷ R.v.St., 20 mei 1975, nr. 17.024, Tedesco, nr. 17.024, *R.W.*, 1975-76, 423, noot SUETENS, L.P.

¹⁰⁶ Zie supra, nr. 29.

¹⁰⁷ Zie Rb. Antwerpen, 3 februari 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 573. Vgl. Cass., 19 oktober 1989, *R.W.*, 1989-90, 1185.

¹⁰⁸ Zie Rb. Charleroi, 22 juni 1990, *J.T.*, 1990, 10, besproken supra, nr. 14.

¹⁰⁹ Zie hierover o.m. VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 434, nr. 136; RAUWS, W., o.c., 56.

¹¹⁰ Zie bv. Rb. Luik, 25 februari 1991, *T.Aann.*, 1991, 327; Luik, 8 mei 1973, *T.Aann.*, 1973, 14, noot MASSARD, M.; Brussel, 18 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 362.

¹¹¹ Zie Cass., 16 december 1965, *Pas.*, 1966, I, 513; Cass., 7 november 1975, *R.W.*, 1975-76, 2413; Luik, 16 januari 1986, *Ann. Dr.Liège*, 1986, 247, noot LEWALLE, P.

¹¹² SUETENS, L.P., «Vigilantibus, non dormientibus, subveniunt jura», in *Liber amicorum J. Ronse*, 1987, 91 e.v. Over de figuur van de rechtsverwerking in het bestuursrecht, zie VAN DAMME, M., «De rechtsverwerking in het administratief recht», *Liber amicorum Krings*, 1993, 363-371.

¹¹³ Cass., 17 mei 1990, *R.W.*, 1990-91, 1085; Cass., 20 februari 1992, *A.C.*, 1991-92, 583, en Cass., 5 juni 1992, *Recente Cassatie*, 1992, 215, met commentaar STORME, M.E. Voor een stand van zaken inzake rechtsverwerking, zie VAN OEVELEN, A., «Afstand van recht

III. HET VERANDERLIJKHEIDSBEGINSEL VS. HET RECHTSZEKERHEIDSBEGINSEL

A. Het veranderlijkheidsbeginsel

56. Het beginsel inzake de veranderlijkheid van de openbare dienst vereist dat de overheid haar beleid – en de uitvoering ervan – steeds moet kunnen aanpassen aan de wisselende eisen van het algemeen belang ¹¹⁸.

Het veranderlijkheidsbeginsel brengt met zich mee dat bestuurshandelingen van reglementaire aard steeds kunnen worden opgeheven of gewijzigd ¹¹⁹. Er kan dan ook geen sprake zijn van een subjectief recht op het ongewijzigd blijven van een reglementering ¹²⁰. Het veranderlijkheidsbeginsel houdt ook in dat de reglementeringen die de veranderlijkheid beperken, op limitatieve wijze moeten worden geïnterpreteerd. Dit is onder meer het geval met de verplichting tot voorafgaande onderhandelingen of overleg met vakbondsorganisaties ¹²¹.

57. Het veranderlijkheidsbeginsel heeft evenwel geen absolute draagwijdte. Het zal moeten wijken in de bij of krachtens de wet bepaalde gevallen. Het wijzigen of opheffen van reglementen en besluiten zal bovendien in elk geval moeten gebeuren in overeenstemming met de abbb, inzonderheid het rechtszekerheidsbeginsel ¹²².

B. Het beginsel inzake de onaantastbaarheid van verkregen rechten en gevestigde situaties

58. Hiervoor werd reeds onderzocht in welke mate de onwettigheid van individuele rechtshandelingen het mogelijk maakt deze in te trekken of op te heffen. De bespreking van het veranderlijkheidsbeginsel doet de vraag rijzen in welke mate wettige individuele bestuurshandelingen die rechten toekennen, voor de toekomst mogen worden opgeheven of gewijzigd. De dominantie van het veranderlijkheidsbeginsel zou tot gevolg hebben dat elke rechtszekerheid verdwijnt. Er zou immers een permanente onzekerheid bestaan over het al dan niet voortduren van een bepaalde rechtssituatie. Vandaar dat de Raad van State besloten heeft tot aanvaarding van het beginsel van de onaantastbaarheid van verkregen rechten en gevestigde situaties ¹²³. Dit beginsel houdt in dat administratieve rechtshandelingen met een individuele draagwijdte waardoor rechten zijn verkregen, niet kunnen worden opgeheven of ingetrokken, tenzij dit door de wet of door de onderliggende reglementering wordt toegelaten ¹²⁴.

¹¹⁸ MAST, A. en DUJARDIN, J., *o.c.*, 75, nr. 63.

¹¹⁹ VAN DAMME, «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 143; PAQUES, M., *o.c.*, 221, nr. 164; VAN MENSEL, *o.c.*, 82, en de verwijzingen aldaar.

¹²⁰ BOES, M., *Preventieve rechtsbescherming bij de bestuurlijke besluitvorming*, proefschrift, K.U. Leuven, 1975, 304. Zie ook MAST, A. en DUJARDIN, J., *o.c.*, 75, nrs. 63 e.v. en de aldaar geciteerde rechtspraak. Zie ook R.v.St., 8 december 1992, V.Z.W. L'espoir, nr. 41.313.

¹²¹ R.v.St., 31 mei 1989, Godart, nr. 32.667.

¹²² Zie supra.

¹²³ R.v.St., 24 mei 1983, Tommelein, nr. 23.281. Zie ook R.v.St., 14 mei 1979, Vaalen, nr. 19.618.

¹²⁴ VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», *l.c.*, 143; VAN MENSEL, A., *o.c.*, 82.

De beslissing om een individuele beslissing op te heffen of te wijzigen moet dan aan dezelfde vorm- en bevoegdheidsvoorwaarden beantwoorden als de handeling die wordt opgeheven of gewijzigd ¹²⁵.

C. Veranderlijkheid vs. rechtszekerheid: een kwestie van belangenafweging?

59. Zelfs wanneer in de mogelijkheid van opheffing nergens is voorzien, kan de overheid in de algemene beginselen van publiek recht, inzonderheid het veranderlijkheidsbeginsel en het daarmee samenhangend beginsel van de continuïteit van de openbare dienst, de mogelijkheid vinden om een rechtshandeling te verrichten die tot doel of gevolg heeft een individuele rechtverlenende beslissing te wijzigen of op te heffen ¹²⁶.

Zo werd bijvoorbeeld aangenomen dat de ontstentenis van het bestaan van een reglement tot uitwijzing van leerlingen om disciplinaire redenen, niet tot gevolg kan hebben dat een dergelijke beslissing niet kan worden genomen wanneer deze absoluut noodzakelijk is om de openbare dienst te doen functioneren ¹²⁷. Eveneens op grond van het veranderlijkheidsbeginsel werd aangenomen dat de overheid steeds bevoegd is om aan vergunde hinderlijke activiteiten nieuwe verplichtingen op te leggen, ook al was in die mogelijkheid in het A.R.A.B. niet voorzien ¹²⁸. Meer nog, onder omstandigheden kon zelfs tot de opheffing van een exploitatievergunning worden besloten. In de zaak Deuragas werd weliswaar aangenomen dat «de exploitant van een hinderlijk bedrijf die een vergunning voor dertig jaar heeft gekregen er in de regel op kan vertrouwen dat hij mits naleving van de exploitatievoorwaarden er gedurende die termijn zijn bedrijf zal kunnen exploiteren» ¹²⁹. Naar aanleiding van een ongeval kan de overheid evenwel tot het besluit komen dat zij, door het toestaan van die vergunning én de toelating voor de aanbouw van nieuwe woningen, een onaangepast beleid heeft gevoerd. Bij een nieuwe afweging van de verschillende belangen – van het bedrijf en van de omwonenden – kan zij «om bijzondere redenen» een ommekeer in haar vroeger beleid opleggen. De afweging van belangen kan dus impliceren dat de overheid tot een wettige beslissing van sluiting van een bedrijf om veiligheidsredenen kan komen.

60. Van het beginsel van de onaantastbaarheid van verkregen rechten en gevestigde situaties blijft aldus eigenlijk niet zo veel meer overreind ¹³⁰. Het blijkt immers dat zelfs bij ontstentenis van een reglementering die de «actus contrarius» toelaat, de algemene beginselen van publiek recht inzake de veranderlijkheid en de continuïteit van de openbare dienst onder omstandigheden de wijziging of opheffing van individuele rechtscheppende rechtshandelingen kunnen toelaten. Om aan verkregen rechten en gevestigde situaties afbreuk te doen, zullen anderzijds wel dwingende redenen moeten worden aangetoond. Meer bepaald zal moeten blij-

¹²⁵ BOES, M., *o.c.*, 304; VAN MENSEL, A., *o.c.*, 83.

¹²⁶ PAQUES, M., *o.c.*, 238, nr. 182.

¹²⁷ R.v.St., 22 februari 1989, Van Eynde, *J.T.*, 1989, 675, noot RIGAUX, F.

¹²⁸ R.v.St., 13 december 1977, Verhaeren en Cie, nr. 18.632.

¹²⁹ R.v.St., 1 juli 1980, P.V.B.A. Deuragas, nr. 20.491.

¹³⁰ De wetgever kan uiteraard wel in de onaantastbaarheid van verkregen rechten voorzien (PAQUES, M., *o.c.*, 244, nr. 166).

ken dat de eisen van algemeen belang dwingender zijn dan de eerbiediging van de verkregen rechten en dat de inbreuk op de verkregen rechten de enige in redelijkheid aanvaardbare oplossing is om aan de eisen van algemeen belang te voldoen ¹³¹.

61. In dat verband is ook rekening te houden met het al dan niet precair karakter van het voordeel dat door de individuele rechtscheppende beslissing is verleend. Zo hebben sommige begunstigende beslissingen, bv. een domeinvergunning of een wegvergunning, essentieel een precair karakter. De begunstigde moet dan weten dat de begunstigende beslissing te allen tijde – zij het enkel op grond van deugdelijke motieven – kan worden opgeheven ¹³².

62. De mogelijkheid van de «actus contrarius» bestaat ook enkel in die gevallen waarin de overheid nog zinvol in de bestaande toestand kan ingrijpen ¹³³. Indien een vergunning betrekking heeft op een aflopende activiteit, zoals het bouwen van een huis, is de opheffing dan ook maar mogelijk voor zover die activiteit nog niet is aangevat.

63. Blijft de vraag naar de mogelijkheid van schadevergoeding indien individuele rechtscheppende rechtshandelingen in het algemeen belang worden gewijzigd of opgeheven ¹³⁴. In de eerste plaats is het mogelijk dat de actus contrarius noodzakelijk is geworden ten gevolge van een fout van de overheid. In de zaak Deuragas werd bijvoorbeeld verwezen naar een «onaangepast beleid». Schadevergoeding kan evenwel ook geboden zijn op grond dat de actus contrarius – genomen om redenen van algemeen belang – de gelijkheid tussen de op alle burgers rustende lasten schendt ¹³⁵. In uitzonderlijke omstandigheden kan de Raad van State ook schadevergoeding toekennen om billijkheidsredenen ¹³⁶.

¹³¹ Zie LEYSEN, R., «De vergunning als instrument van machtigend overheidsoptreden. Administratiefrechtelijke benadering», *Jura Falconis*, 1981-82, 57 e.v., met verwijzing naar Belinfante; JADOT, B., «Ordre public écologique et droits acquis», *A.P.*, 1983, 22-31. ¹³² R.v.St., 2 maart 1993, Schots Vishandel, nr. 42.109; R.v.St., 23 mei 1961, Vander Meersch, nr. 8.595; R.v.St., 14 april 1964, Burms, nr. 10.561.

¹³³ Zie hierover PAQUES, M., *o.c.*, 240, nr. 184; LEYSEN, R., *l.c.*, 92.

¹³⁴ Zie LEYSEN, R., *l.c.*, 95.

64. In elk geval zal de opheffing of wijziging op een zorgvuldige wijze moeten gebeuren. Zo zal bij het opzeggen van een begunstigend besluit normaal een redelijke overgangsperiode in acht moeten worden genomen ¹³⁷. Anders worden de regelmatig gewekte verwachtingen op ongeoorloofde wijze geschonden.

IV. SLOTBESCHOUWING

65. Het rechtszekerheidsbeginsel is ongetwijfeld een fundamenteel beginsel dat inherent is aan de rechtsstaat. Van het recht moet dan ook geëist worden dat het voorzienbaar en toegankelijk is, zodat de rechtssubjecten in staat zijn de rechtsgevolgen van hun handelingen te voorzien. Het rechtszekerheidsbeginsel brengt ook met zich mee dat de burger moet kunnen vertrouwen op een zekere standvastigheid bij de overheid. Het rechtszekerheidsbeginsel stelt dan ook bepaalde perken aan de bestuurlijke vrijheid. Maar al met al blijft het beginsel vrij algemeen en vaag. Dit is er echt niet naar om de voorspelbaarheid van het recht te bevorderen.

Het rechtszekerheidsbeginsel zal vaak in botsing komen met andere beginselen. In dit preadvies werd vooral aandacht besteed aan de spanning tussen, enerzijds, het rechtszekerheidsbeginsel en, anderzijds, het legaliteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel.

Het blijkt niet mogelijk om in abstracto een hiërarchie van die beginselen op te stellen. Het is integendeel aan de hand van een afweging van de in elk voorliggend geval aanwezige legitieme belangen, dat beslist moet worden welk beginsel in concreto moet doorwegen.

David D'HOOGHE
Deeltijds docent K.U.Leuven

¹³⁵ In de zaak Deuragas werd tevens opgemerkt dat «nadeel kan ontstaan t.a.v. het toegelaten bedrijf door de voortijdige sluiting, welke verbreking van evenwicht met zich brengt».

¹³⁶ Ook het verlies van rechten op grond van de wijziging van reglementaire besluiten kan tot schadevergoeding aanleiding geven. Zie bv. R.v.St., 24 juni 1971, N.V. Enrema, nr. 14.838.

¹³⁷ Brussel, 17 september 1981, noot QUERTAINMONT, Ph. Zie ook Luik, 14 februari 1964, *J.L.*, 1963-64, 249; R.v.St., 3 april 1984, nr. 24.210.

DE IMPACT VAN DE MEDISCHE WETENSCHAP EN TECHNIEK OP HET PERSONEN- EN GEZINSRECHT *

I. TEN GELEIDE

1. De verwijzing in de titel naar de medische wetenschap en techniek is bedoeld als algemene, zij het wat onprecieze, oriënterende onderwerpsafbakening.

Verwezen wordt in elk geval naar de *medische therapie* – de echte *geneeskunde* –, maar evenzeer naar het fundamenteel en toegepast *medisch onderzoek*, dat bijzonder schatplichtig is aan hulpwetenschappen als de biologie en de chemie en hun respectieve specialismen.

De studie blijft beperkt tot de *nieuwe* medische ontwikkelingen, in het bijzonder die welke het dagelijks leven het diepst beroeren, het meest controversieel zijn en wegens hun ethische implicaties het ontstaan gegeven hebben aan de nieuwe discipline van de *bio-ethiek*.

Aan de hand van een inventaris van rechtsvragen opgeworpen door de nieuwe geneeskunde zal nagegaan worden in welke mate het geldend recht zekerheid schept of onzekerheid laat bestaan. Als de zekerheid bekritiseerbare resultaten oplevert en de onzekerheid om remediëring vraagt, zullen denksporen voorgesteld worden waarlangs goede rechtszekerheid bereikt kan worden.

II. DE RECENTE MEDISCHE ONTWIKKELINGEN: «EEN EEUW VOORUIT IN TIEN JAAR TIJD»¹

2. De jongste decennia is in de medische wereld een kennisexploisie zonder voorgaande gerealiseerd. De burger heeft intussen aardig wat medisch jargon leren meepreten: immuuntherapie, nucleaire magnetische resonantie, embryoreductie, pre-implantatiedagnostiek, recombinant-DNA-techniek, intracytoplasmatische spermainjectie, xenotransplantatie...

De ontwikkeling voltrok zich in velerlei domeinen van de medische activiteit. Nieuwe vaccins werden vervaardigd (tegen influenza, hepatitis A...). Hoogtechnologische apparatuur voor medische beeldvorming (NMR, PET-scanner...) werd in gebruik genomen. Geperfectioneerde operatietechnieken (laparoscopie, laserchirurgie...) kregen toepassing. Nieuwe ziekten werden ontdekt (AIDS...). Nieuwe geneesmiddelen (interferon, AZT,...) werden aangemaakt. Bepaalde genen verantwoordelijk voor erfelijk overdraagbare aandoeningen (mucoviscidose, spierziekte van Duchenne...) of hun «markers» werden gelokaliseerd.

* De preadviseur dankt de dames K. Jacobs en V. De Saedeleer voor hun logistieke hulp bij de voorbereiding van het preadvies.

¹ Zo betitelt EOS-Magazine zijn medische bijdrage in het jubileumnummer over «10 jaar milieu, energie, geneeskunde, communicatie, biotechnologie, defensie, informatica en ruimtevaart» (EOS, december 1993, 8).

De ontwikkelingen in de behandeling van ongewilde kinderloosheid kwamen echter het spectaculairst over, wellicht omdat zij de ethiek en het recht tot het uiterste van hun aanpassingsvermogen voeren². Hun rechtsgevolgen vormen dan ook de hoofdmoot van deze studie.

3. Om vrouwelijke en/of mannelijke onvruchtbaarheid het hoofd te bieden werden behandelingen ontwikkeld zoals kunstmatige inseminatie en in vitro fertilisatie met embryo transfer, of varianten van deze laatste, zoals GIFT (gamete intrafallopian transfer) en ZIFT (zygote intrafallopian transfer).

Oorspronkelijk werd alleen met verse gameten gewerkt. Het uitwerken van vries- en dooitechnieken maakte het echter al snel mogelijk ingevroren sperma en embryo's³ te gebruiken, wat de toepassingsmogelijkheden en de successcore van de behandeling aanzienlijk verbeterde. Aldus kunnen tevens boventallige embryo's, die anders verloren gingen, nu bewaard worden voor later gebruik.

De mogelijkheid om de bevruchting buiten het lichaam te laten plaatshebben liet de inschakeling van anonieme donoren toe, waardoor, een- of tweezijdig, vreemd genetisch materiaal wordt aangebracht.

Indien nodig kan de zwangerschap ook bij een andere vrouw dan de patiënte op gang gebracht worden (draagmoederschap), wat aan de factor van mogelijk vreemd genetisch materiaal een factor van vreemde biologische inbreng toevoegt. De recentste verwezenlijking bestaat erin bij onvruchtbare mannen onrijpe zaadcellen uit het zaadbalweefsel weg te halen en op te kweken tot bewegelijke spermatozoa, die dan bij de eicel worden gebracht⁴.

Terwijl tot voor kort de behandeling erop gericht was de somatische obstructiefactoren, die de spontane zwangerschap verhinderden, te omzeilen door sperma en eicel in het geschikte medium en op het gepaste ogenblik samen te brengen waarna de bevruchting zich natuurlijk kon voltrekken, kan de bevruchting nu ook door de medicus tot stand gebracht worden via subzonale inseminatie (SUZI) of – nog meer gestuurd – intra-cytoplasmatische spermainjectie (ICSI) in de eicel. Met deze nieuwste technieken kunnen nog meer slachtoffers van ongewilde kinderloosheid geholpen worden en dient minder dan voorheen een beroep gedaan te worden op donorsperma.

² Voor een inleiding in de procreatietechnieken zie bv. BROSENS, I., «Menselijke vruchtbaarheid en haar toekomst», *VI. T. Gez.*, 1987-88, 147 e.v.; DEVROEY, P. en VAN STEIRTEGHEM, A. «Medische en ethische beschouwingen rond menselijke vruchtbaarheidsbehandeling», *VI. T. Gez.*, 1987-88, 153 e.v. X, «Gevraagd: eicel zoekt zaadcel. In vitro fertilisatie en geassisteerde fertilisatie», in *Kinderwens: de natuur een handje geholpen*, Antenne, juni 1993, 4 e.v.

³ Het invriezen en ontdooien van eicellen stelt voorlopig nog problemen.

⁴ *De Morgen*, 22 januari 1994, 7.

Thans is ook een test in de handel waarmee, zonder medische tussenkomst, de vruchtbaarheid van het sperma gemeten kan worden ⁵.

4. Voor het onderzoek van de gezondheidstoestand van het embryo in vitro werden prenatale-diagnostie technieken ontwikkeld, zoals de echografie, de chorionvlokcentest (achtste tot tiende week), de vruchtwaterpunctie (zestiende week), de navelstrengpunctie (negentiende week) en de foetoscopie ⁶.

Ook behandeling van een ziek embryo in utero werd reeds ondernomen. Er werden veilige technieken ontwikkeld voor zwangerschapsafbreking, desgewenst selectieve afbreking bij een risicovolle meerlingzwangerschap.

De mogelijkheid van bevruchting buiten het lichaam maakt het thans mogelijk het diagnoseobject ook van naderbij te observeren. Op grond van een pre-implantatiediagnose kan dan aan erfelijkheidsadvisering worden gedaan en – voorlopig nog beperkt – aan gentherapie. Aldus kan zwangerschapsafbreking voorkomen worden. De ontwikkeling van de fertiliteitstherapieën heeft ongetwijfeld de ontwikkeling van de genetica versneld. Naast de ontrafeling, in genetische tests, van de sequenties op het DNA, die coderen voor de biologische kenmerken en de erfelijke voorbeschiktheid van het individu, werd het ook mogelijk door onderzoek van de niet coderende sequenties de originele genetische vingerafdruk van elkeen te bepalen ⁷.

5. Het bio-ethisch debat richt zich, naast de procreatie-therapieën, in wisselende mate tevens op medische handelingen als levensbekortende euthanasie, geslachtstransformatie of -verduidelijking van trans- en interseksuelen en transplantatie van lichaamsmateriaal, zeker als dit afkomstig is van ongeboren wezens (overplanting van eicellen van geaborteerde foetussen, overplanting van foetaal hersenweefsel bij Parkinson-patiënten...) of dieren (overplanting van een bavianenlever bij de mens, overplanting van menselijke genen in muizen en varkens,...). Dit laatste wordt in deze studie ook summier aangeraakt.

III. DE RECEPTIE VAN DE MEDISCHE ONTWIKKELINGEN DOOR RECHT EN ETHIEK

6. In een goed functionerende samenleving gaan recht en ethiek hand in hand. Idealiter slorpt het recht de morele gedragsregel op in zijn juridische normstelling.

Indien de rechtsnorm niet voldoet of ontbreekt, wordt dit als nefast ervaren. Het recht vervult dan zijn toegemeten ordenende functie niet naar behoren en de ethiek zal het tekort pogen bij te passen door zelf – betere – normen voor te houden. De ongeëvenaarde vlucht van de bio-ethica laat – reeds aan het begin van het onderhavige onderzoek – vermoeden dat het recht onvoldoende gewapend is om de nieuwe medische uitdagingen doeltreffend het hoofd te bieden. Inderdaad was de medische revolutie zo overrompe-

lend veelzijdig en de reflectietijd tussen de wetenschappelijke ontdekking en de diagnostische en therapeutische toepassing zo kort dat het recht, dat toch al een logge machine is, niet tijdig passend gereageerd heeft. Dat de ethiek zelf de gewenste normen nog niet op zak heeft, is een vaststelling waarop in deze studie niet dieper kan worden ingegaan.

7. Hierna worden de belangrijkste vragen geformuleerd waarover de jurist zich kan en moet bezinnen als respons op de ontwikkelingen in de geneeskunde. Slechts die vragen die rechtstreeks het personen- en gezinsrecht aanbelangen, komen aan de orde. Onderzocht wordt of het geldend recht, met de vooropstellingen waarop het steunt en die dateren uit een tijdperk vóór de nieuwste ontwikkelingen, goede rechtszekerheid biedt en zo niet, of en hoe onzekerheid bij gebrek aan nieuwe regelgeving of ongepaste rechtszekerheid wegens onaangepaste bestaande regelgeving weggevoerd of verbeterd kunnen worden.

De weg wijzen naar het goede recht is, gelet op het gebrek aan consensus in het ethische debat, geen sinecure en de preadviseur pretendeert dan ook niet de enige juiste weg te kunnen aanwijzen. Veeleer is het de bedoeling, bij voorkeur op grond van rechtsvergelijking, mogelijke alternatieven, met inbegrip van wat minder voor de hand liggende en misschien zelfs revolutionaire ideeën, te suggereren, opdat een brede juridische discussie op gang gebracht kan worden, die uiteindelijk licht zal doen schijnen in de duisternis.

A. ENKELE BELANGRIJKE RECHTSVRAGEN I.V.M. MEDISCH BEGELEIDE VOORTPLANTING

1. De juridische toelaatbaarheid van de nieuwe procreatietherapieën

a. Is medisch begeleide voortplanting in haar geheel genomen een toegelaten therapie?

8. Overeenkomstig het medisch recht is een ingreep slechts toelaatbaar als hij aan een therapeutische noodzaak voldoet ⁸. De voortplantingstechnologie levert wel een remedie voor de ongewenste gevolgen van de vruchtbaarheidsproblemen, maar herstelt het defect meestal niet. Voldoet zij dan wel aan het therapeutische vereiste? Sinds de omschrijving van het begrip «gezondheid» door de Wereldgezondheidsorganisatie heeft bevestigd dat ziekte niet louter een staat van fysiek maar ook van psychisch en zelfs sociaal onwelzijn is, en het Belgisch recht zich hiermee verzoend heeft door geen principieel verbod te stellen op plastische chirurgie, sterilisaties of geslachtscorrecties, mag besloten worden dat de nieuwe procreatietechnieken niet als zodanig door het recht verworpen worden ⁹. Zij herstellen immers het ernstig psychisch onbehagen dat uit de niet vervulde kinderwens voortvloeit ¹⁰. De impliciete toelaatbaar-

⁸ RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *Les droits et les obligations des médecins*, I, Brussel, Larcier, 1971, 368 e.v.; HENNAU-HUBLET, C., *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Brussel, Bruylant, 1987, nrs. 39 e.v.

⁹ BAETEMAN, G., *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, nr. 47.

¹⁰ WALTHER, D.K., «'Ownership' of the fertilised ovum in vitro», *Family Law Quarterly* (hierna F.L.Q.), 1992, 237.

⁵ *De Morgen*, 13 januari 1994, 8.

⁶ FOULON, W., «Prenatale diagnose», *Bio-ethiek*, brochure van het colloquium «Waarheen met de nieuwe medische technieken rondom vruchtbaarheid – voortplanting en erfelijkheid?», Socialistische Vrouwen, november 1990, 40 e.v.

⁷ VANDENBERGHE, A., VAN BROECKHOVEN, C. en HEYVAERT, A., «De genetische vingerafdruk en zijn betekenis in het nieuwe afstammingsrecht», *R.W.*, 1986-87, 2553 e.v.

heid van medisch begeleide voortplanting kan afgelezen worden uit art. 318, § 4, B.W. Dat deze technieken de wetgever niet vreemd zijn, blijkt daarenboven uit art. 1, § 1, tweede lid, Transplantatiewet. Overigens heeft de wetgever in België reeds – voorlopig gestrande – initiatieven voor regelgeving genomen ¹¹.

9. In deze context kan gesteld worden dat, ook al ontbreekt de expliciete wettelijke toelating, in België geen onzekerheid over de toelaatbaarheid van de procreatietechnieken bestaat, hoewel een expliciete aanvaarding het laatste restje twijfel zou wegnemen. Door zijn stilzitten heeft de wetgever het principe van de fertiliteitsbehandeling bestaansrecht verleend. Een algemeen verbod zal wellicht niet meer hard gemaakt kunnen worden.

Immers, indien geoordeeld zou worden dat onvruchtbaarheid een last is die men moet aanvaarden, kan men zulks uitbreiden tot andere ziekten en gebreken, wat iedere geneeskundige behandeling overbodig zou maken ¹². Anderzijds eist geen enkel beginsel van Belgisch recht, zelfs niet in de nieuwe afstammingswetgeving, dat de voortplanting geschiedt door de geslachtsgemeenschap van een man en een vrouw ¹³. In geen enkel ander land trouwens, waar wetgeving inzake procreatietherapieën het licht gezien heeft, is voor een algemeen verbod gekozen ¹⁴.

b. Zijn bepaalde toepassingen van medisch begeleide voortplanting verboden?

10. De technieken die een beroep doen op gedoneerd materiaal, worden in sommige staten verworpen ¹⁵. Dit is nochtans geen algemene vaststelling ¹⁶. Als argument voor

¹¹ O.m. een ontwerp van K.B. houdende vaststelling van de normen waaraan een dienst voor medisch begeleide voortplanting moet voldoen om te worden erkend als zware medisch-technische dienst als bedoeld in artikel 44 van de wet op de ziekenhuizen; een ontwerp van K.B. tot regeling van de afneming, de sanitaire controle, de distributie, de terbeschikkingstelling van menselijk sperma afkomstig van een anonieme donor met het oog op kunstmatige inseminatie; een voorstel van wet tot regeling van de kunstmatige inseminatie bij de mens, *Gedr.St., Kamer*, 1986-87, nr. 851/1; een voorstel van wet inzake sommige aspecten van de bio-ethiek, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1991-92, nr. 413/1.

¹² DEVROEY, P. en VAN STEIRTEGHEM, A., *l.c.*, 153.

¹³ HEYVAERT, A., «De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987», *VI.T.Ge.*, 1987-88, 241, nr. 35.

¹⁴ Cf. de wetgeving verzameld door STEPAN, J., *International survey of laws on assisted procreation*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990.

¹⁵ De Noorse wet van 12 juni 1987 (art. 12) en de Zweedse I.V.F.-wet van 14 juni 1988 (art. 2) verbieden het gebruik bij IVF en ET van gameten die niet van de ontvanger afkomstig zijn. De Duitse embryobeschermingswet van 13 december 1990 (§ 1) bestraft de inplanting bij een vrouw van een vreemde eicel of een vreemd embryo. K.I.D. is in deze landen wel geoorloofd. De Braziliaanse Code van Medische Ethiek van 30 september 1957 verbiedt ook heterologe inseminatie.

¹⁶ De Zwitserse Federale Rechtbank vernietigde bv. de bepalingen van het decreet van het kanton Sankt-Gallen, waarin een algemeen verbod was ingesteld van K.I.D., cryopreservatie voor latere implantatie, I.V.F., E.T. en wetenschappelijk onderzoek op gameten. Haar argumenten vond de rechtbank in de persoonlijke vrijheid en het prioriteitsbeginsel (15 maart 1989, *Rev.Trim.Dr.H.*, 1992, 73, noot LOMBARDINI, C. en CAMBI, A.).

verwerping wordt aangevoerd dat het gebruik van vreemd genetisch materiaal een buitenstaander laat infiltreren in de besloten levenssfeer van de procreanten ¹⁷. Klinisch onderzoek wijst uit dat de eigen onvruchtbaarheid moeilijker aanvaard wordt door mannen dan door vrouwen ¹⁸. Spermatodotatie als donatie tussen geslachtsverschillenden is voor mannen minder acceptabel dan eiceldotatie tussen geslachtsge-lijken.

De geneeskunde heeft de behoefte aan K.I.D. – en tegelijk de bezwaren – fel ingekrompen door zaadcellen te gaan kweken uit zaadbalweefsel en door ICSI en SUZI te ontwikkelen. In het geldend Belgisch recht worden donatietechnieken niet verboden. Voor de toelaatbaarheid van K.I.D. pleit artikel 318, § 4, B.W.

11. Draagmoederschap wordt in België door geen enkele uitdrukkelijke rechtsregel duidelijk verboden. Evenmin is er gezaghebbende rechtspraak in die materie ¹⁹.

Sommige auteurs achten het draagmoedercontract in strijd met de openbare orde en eventueel met de goede zeden ²⁰. Deze conclusie is nochtans betwistbaar.

Aangevoerd wordt dat contracteren over een menselijke persoon in strijd is met artikel 1128 B.W. Zolang het kind niet geboren is, is het echter in de juridische betekenis van het woord nog geen persoon ²¹. Overigens wordt een draagmoedercontract doorgaans gesloten vóór er ook maar «iets» verwekt is.

Vervolgens zou een draagmoederovereenkomst een overeenkomst tot overdracht, zelfs tot verkoop van een persoon inhouden, wat tevens een ongeoorloofde beschikking over de staat van het kind is.

In de praktijk wordt het kind meestal niet zomaar «doorgegeven» aan de wensouders, maar wordt, eventueel na erkenning door de wensvader, een regulariserende adoptie ondernomen.

Draagmoederschap is meer een zaak van dienstverlening dan van schenking of verkoop van een baby. De draagmoeder verbindt er zich toe bij haar een kind te laten verwekken

¹⁷ CONGRÉGATION POUR LA DOCTRINE DE LA FOI, *Instruction sur le respect de la vie humaine naissante et la dignité de la procréation. Réponses à quelques questions d'actualité*, Vaticaanstad, 1987, 24-25.

¹⁸ CHRISTIAENS, M., «Artificial insemination by donor and the view of man», *European Journal of Obstetrics and Gynaecology and Reproductive Biology*, 1988, 347-352; SLIJEN, F. en VERHULST, F., *Rapport betreffende de onderzoekbaarheid van psychische gevolgen voor K.I.D.-kinderen om geen toegang tot hun afstammingsgegevens te hebben*, Kinder- en jeugdpsychiatrie, Erasmus Universiteit Rotterdam; VEENHOVEN, R. en VAN DER WOLKE, E., «Kiezen voor kinderen», *Intermediair*, 1977, 342; HUMPHREY, M. en HUMPHREY, H., «Marital relationships in couples seeking donor insemination», *Bio-soc. Sc.*, 1987, 213.

¹⁹ Gent, 16 januari 1989, *T.G.R.*, 1989, 52, is geen beslissende uitspraak, omdat de verwijzing naar het draagmoederschap blijkbaar meer op initiatief van het hof gebeurde, dan dat ze uit de afspraken van partijen bleek.

²⁰ SENAËVE, P., «Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven», *R.W.*, 1985-86, 638, nr. 31; SENAËVE, P., «Juridische aspecten van het draagmoederschap», *VI.T.Ge.*, 1987-88, 250, nr. 10; Nys, H., *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, A.P.R., Brussel, Story-Scientia, 1991, nr. 378; WILS, W., «Draagmoederschap: een vergelijkende studie vanuit het recht van de Verenigde Staten van Amerika», *Jura Falc.*, 1988-89, 14.

²¹ Over het statuut van het embryo, zie infra.

en het in haar lichaam te laten groeien. De afstand bij de geboorte is maar het sluitstuk van deze verbintenissen. Bovendien kan de staat van een persoon onder de voorwaarden die de wet stelt – in casu erkenning, adoptie –, veranderd worden.

Nog wordt gesteld dat de draagmoeder zonder recht beschikt over haar persoonlijkheidsrecht op fysieke integriteit. Doet zij dat hier echter meer dan de vrouw die beslist voor eigen rekening zwanger te worden? Kan zwangerschap zo maar op één lijn geplaatst worden met schending van de fysieke integriteit? Heeft het rechtssubject zijn persoonlijkheidsrechten, als beloning voor zijn verworven mondigheid en bevoegdheid, trouwens niet gekregen om ze, indien nodig, niet louter als beschermingsinstrument maar ook ter verwezenlijking van andere – zelfs materiële – belangen aan te wenden²². Is het ten slotte niet zo dat steeds meer uitzonderingen toegevoegd worden aan de oude regel van de onschendbaarheid van het lichaam?

Dat de draagmoeder vooralsnog niet gedwongen kan worden het kind bij de geboorte af te staan, is correct, maar volgt niet uit de nietigheid van het contract, net zo min als uit het persoonlijkheidsrecht dat zij tijdens de zwangerschap t.a.v. het kind had. De draagmoeder wordt bij de geboorte de juridische moeder. Zolang de wet het «*mater semper certa est*»-beginsel handhaaft en de draagmoeder niet gebiedt haar contractuele afspraken na te komen, kan deze moeilijk gedwongen worden afstand te doen van haar moederschap.

12. In landen als Frankrijk wordt met geen goed woord gesproken over het draagmoederschap²³. Maar elders tekenen zich nieuwe tendensen af. Waar het commercieel draagmoederschap bij de wet verboden wordt, wordt niet geageerd tegen de draagmoeder of de wensouders zelf²⁴. Steeds meer ziet wetgeving het licht, die draagmoederschap onder toezicht van de rechter legaliseert²⁵. Deze ontwikkeling zou wel eens een belangrijk deel van het klassieke afstammingsrecht in zijn vaart kunnen meeslepen²⁶.

De kans is reëel dat deze hervormingen, misschien via de werking van het internationaal privaatrecht, meer bepaald de erkenning van een in het buitenland rechtsgeldig tot stand gekomen draagmoederschap, tot ons komen.

Voorlopig en in afwachting van nadere regelgeving, houden wij het op het aloud revolutionair principe²⁷ dat wat niet verboden is, toegelaten is.

c. Is de wetgever de lege ferenda vrij om beperkende regelingen in te voeren?

13. De problematiek van de toelaatbaarheid dient eveneens bekeken te worden in de optiek van de juridische belangenbescherming van de procreanten. Aangenomen wordt dat het regelen van de voortplanting – wel of geen kinderen en hoe? – tot hun autonome beslissingsbevoegdheid behoort. Hoewel zij geen claimrecht bezitten – geen recht op een kind, geen recht op voortplantingshulp –, hebben zij toch een vrijheidsrecht in de zin dat niemand, in de eerste plaats de overheid niet, hen mag hinderen in het nemen en uitvoeren van hun beslissing. Als zodanig past hun beslissingsbevoegdheid in hun recht op privé-leven en hun recht op het stichten van een gezin (artt. 8 en 12 E.V.R.M., artt. 17 en 23 I.V.B.P.R.)²⁸.

De overheid zal duidelijke en belangrijke motieven moeten aanvoeren om de procreatietherapieën geheel of gedeeltelijk te verbieden. In het licht van art. 8, lid 2, E.V.R.M. zal zeker moeten zijn dat een verbod nodig is in het belang van de aldaar genoemde waarden. Nu de jarenlange medische praktijk aantoont dat de procreatietechnieken geen grote gevaren opleveren en tot minder belangrijke betwistingen aanleiding geven die door een goede wettelijke regeling opgevangen kunnen worden, lijkt een ongenuanceerd verbod niet gerechtvaardigd²⁹. Het is dat des te minder in een samenleving die het hebben van kinderen waardeert en alles in het werk stelt om kind en gezin rechtsbescherming te verlenen.

Het proportionaliteitsvereiste moet nauwlettend in het oog gehouden worden. Er moet vermeden worden dat een verbodsregeling meer belangen schaadt dan ze andere begunstigt. Het risico is niet denkbeeldig dat een restrictieve wetgeving de sociale, culturele en levensbeschouwelijke pluriformiteit, die de rijkdom van onze samenleving uitmaakt, ten gronde richt.

²² GULDIX, E., *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, proefschrift, V.U.B., 1986, nr. 477 e.v.

²³ Cass.fr., 13 december 1989, *D.*, 1990, *Jur.*, 273, en *S.J.*, 1990, II, 21526, noot SERIAUX, A.; Cass.fr. (Ass.plén.), 31 mei 1991, *D.*, 1991, *Jur.*, 417, noot THOUVENIN, D., en *J.T.*, 1991, 767, noot DIJON, X. en MASSON, J.-P., uitgebreid besproken in GULDIX, E., «Internationaal privaatrecht en bio-ethiek de casus van het leenmoederschap», in *Postuniversitaire lessencyclus Willy Delva 1993-94*, ter perse.

²⁴ Bv. Verenigd Koninkrijk: Surrogacy Arrangements Act 1985; Duitsland: Embryonenschutzgesetz 13 december 1990; Nederland: W. 16 september 1993.

²⁵ Bv. in het Verenigd Koninkrijk (Human Fertilisation and Embryology Act 1990, sec. 27-30), en in de Amerikaanse staten Arkansas, Virginia en New Hampshire (GOODWIN, A., «Determination of legal parentage in egg donation, embryo transplantation and gestational surrogacy agreements», *F.L.Q.*, 1992, 277 e.v.).

²⁶ Zie infra.

²⁷ Artikel 5, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, van 26 augustus 1789.

²⁸ GEVERS, J., «Kunstmatige voortplanting in gezondheidsrechtelijk perspectief», *Vl.T.Gez.*, 1987-88, 214-125; GULDIX, E., «Juridische aspecten van medisch begeleide voortplanting. Het recht op een kind», in *Verslagenboek Internationaal Colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel 4-5 mei 1987, Brussel, Uitg. Belg. Staatsblad, 1988, 113, nrs. 49 e.v. Vgl. in de Verenigde Staten, MILLER, S., «Surogate parenthood and adoption statutes: can a square peg fit into a round hole?», *F.L.Q.*, 1988, 200, met verwijzing naar Griswold v. Connecticut (381 U.S. 470 (1965)) en Eisenstadt v. Baird (405 U.S. 438 (1972)). Anders: Trib. Gr. Inst. Toulouse, 26 maart 1991, *S.J.*, 1992, II, 21807, noot PEDROT, P., dat het privaat karakter van de voortplanting relateert, als externe hulp nodig is.

²⁹ Trib. Féd. Suisse, 15 maart 1989, geciteerd, 76, nr. 6.

2. De toegankelijkheid van de procreatietherapieën

a. Kunnen ook alleenstaanden en homofiele paren door medisch begeleide voortplanting geholpen worden?

14. Gehuwde paren komen in aanmerking voor voortplantingshulp. Ook ongehuwde paren stellen niet meer zoveel problemen³⁰, al worden zij in België nergens met zoveel woorden toegelaten.

Maar wat met alleenstaande vrouwen en mannen of homoseksuele partners? Vrouwen komen voor K.I.D., mannen kunnen alleen via draagmoederschap geholpen worden. In de klinische praktijk komen ze vaak niet aan de beurt³¹, het recht zwijgt. De bezwaren die tegen K.I.D. en draagmoederschap geopperd worden, bemoeilijken de positie van deze kandidaat-ouders nog meer.

15. Morele bezwaren laten we buiten beschouwing. Juridisch is er allereerst de voorwaarde van de medische indicatie. De aanvragers zijn in beginsel niet onvruchtbaar. Lichamelijk staan ze een stap verder van de therapeutische noodzaak af dan de infertiele heteroseksuele paren. Hun probleem ligt in de afwezigheid van een ongelijkslachtige partner. Ouderschap is evenwel voor sommigen een behoefte die bij derving ziekmakend kan werken. Een psycho-sociale indicatie kan dus wel voorhanden zijn. Niettemin gaan we met deze kandidaten meer de richting uit van medisch begeleide voortplanting als alternatieve procreatietechniek. Moet dit verboden zijn? Het privé-karakter van de voortplanting doet menen van niet. In Nederland wordt de medische indicatievoorwaarde steeds meer verlaten. Er wordt aangevoerd dat kunstmatige inseminatie tegenwoordig een té eenvoudig uit te voeren handeling is om nog langer een medische behandeling te zijn en ook draagmoederschap vergt niet noodzakelijk medische tussenkomst³².

16. Het vroeger aangevoerde argument dat naar Belgisch afstammingsrecht ieder kind recht heeft op een moeder en een vader zowel in het biologisch, juridisch als sociaal vlak³³, is voorgoed ontkracht. Het recht vestigt niet altijd een juridische afstammingsband in de persoon van de biologische vader. Het vestigt trouwens niet altijd een tweezijdige afstamming. De afstammingswil krijgt veel meer ruimte

dan voorheen³⁴. Ook de stelling dat een kind slechts één ouder van hetzelfde geslacht mag hebben, wordt steeds meer betwist³⁵.

17. De kinderwens van alleenstaanden en homoseksuelen kan even eerbaar en oprecht zijn als die van heteroseksuele partners. Of men een goede ouder wordt, hangt niet af van de relatievorm die men heeft gekozen. Dit is een nieuwe gedachte ter overweging. Om ze een kans te laten dienen wettelijke verbodsbepalingen achterwege te blijven.

Of een concrete aanvrager aan de aangegeven psycho-sociale indicatie voldoet en of hij een goede ouder kan worden, kan geen enkele wetgever inschatten.

Dit is de taak van de medische hulpverlener, die daartoe zijn beste vermogens zal aanwenden³⁶.

Hoogstens kan de wetgever hem die opdracht meegeven, maar omdat goede geneeskunde ze al wel inhoudt, is dit zelfs overbodig.

Het rapport «Ouderschap zonder onderscheid» van de Nederlandse Raad voor het Jeugdbeleid kan als leidraad dienen waar het stelt dat de ouder het kind vooral een stabiele opvoedingssituatie moet kunnen bieden, waarin het zich kan hechten aan ten minste één volwassene³⁷.

18. Het is niet wenselijk alleenstaanden en gelijkslachtige partners principieel uit te sluiten omdat het afstammingsrecht tot nog toe alleen heteroseksueel ouderschap erkent.

De nieuwe procreatietherapieën hebben de voorwaarde doorbroken dat man en vrouw in de eenheid van geslachts-gemeenschap hun nageslacht moeten verwekken.

Nu het klassieke gezin niet langer de enige maatschappelijke norm is en ook het recht steeds meer naar individualisering tendeert, mag de procreatieve vrijheid niet met een versleten relatiemoraal bekampt worden. Op dit punt moet wat medisch kan ook juridisch mogen.

Ten overvloede eist het gelijkheidsbeginsel dat niet onderscheiden wordt tussen vrouwelijke en mannelijke aanvragers.

Wat vrouwelijke kandidaten betreft, zij hebben er alle belang bij K.I.D. te kunnen krijgen in plaats van aan zelfinseminatie met zaad van een bekende donor te moeten doen, die dan achteraf een omgangsrecht met het kind kan op-eisen³⁸.

Overigens is het vrij zinloos door het recht te willen verbieden wat de vrouw desnoods zonder medische hulp of via adoptie kan realiseren.

b. Moet de wet voortplantingshulp voor menopauzale vrouwen verbieden?

19. Vrouwen, die de vruchtbare leeftijd voorbij waren, zijn onlangs, na vruchtbaarheidsbehandeling en IVF met gedoneerde eicellen, moeder geworden. De media hebben

³⁰ Principe 1 van de Ontwerp-aanbeveling (1987) inzake medisch begeleide bevruchting opgesteld door het CAHBI (thans CDBI - Comité directeur pour la bio-éthique geheten) van de Raad van Europa accepteert ze als beneficiaris. Verwijzingen naar andere documenten bij SENAËVE, P., «Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven», *l.c.*, 649, nr. 66.

³¹ GULDIX, E., *Internationaal Colloquium, o.c.*, 135, nr. 103; BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, A., *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, Proefschrift, Deventer, Kluwer, 1991, 14.

³² HENDRIKS, A. en MARKENSTEIN, L., «Recht als medicijn», in *Homoseksualiteit en recht*, MOERINGS, M. en MATTIJSEN, A. (red.), Arnhem, Gouda Quint, 1992, 209.

³³ MEULDERS-KLEIN, M.-T., in *Bio-ethica in de jaren '90*, I, Verslagenboek van het nationaal wetenschappelijk denkcolloquium, Antwerpen, 21 en 22 mei 1987, DEMEESTER-DE MEYER, W. (red.), Gent, Omega Editions, 1987, 77-78; BAUDOUIN, J.-L. en LABRUSSE-RIOU, C., *Produire l'homme - De quel droit?*, Parijs, P.U.F., 1987, 226.

³⁴ HEYVAERT, A., «De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987», *VI. T. Gez.*, 1987-88, 242, nr. 37 e.v.

³⁵ VAN VLIET, F., «Waar een wil is is een wet! Een bijdrage over de positie van lesbische moeders en homoseksuele vaders in het afstammingsrecht», in *Homoseksualiteit en recht, o.c.*, 97 e.v.

³⁶ SENAËVE, P., «Juridische implicaties...», *l.c.*, 652, nr. 70.

³⁷ Geciteerd door HENDRIKS, A. en MARKENSTEIN, L., *o.c.*, 210.

³⁸ VAN WAMELEN, C., «Het kind van de sperma-rekening», *N.J.B.*, 1989, 413 e.v.

veel – negatieve – aandacht besteed aan deze uitzonderlijke gebeurtenis ³⁹.

Juridisch heerst er een vacuüm en soortgelijke praktijken zijn niet verboden. Velen noemen het onethisch een kind op te zadelen met een oude moeder. Maar steunt dit niet op een traditioneel maatschappelijk vooroordeel omtrent de ideale opvoedingssituatie?

Artsen wijzen op mogelijke complicaties bij zwangerschap en bevalling. Reden dus om het bij de wet te verbieden. Nochtans, als het ook voor sommige jonge moeders niet altijd wenselijk was zich voort te planten, als kinderen in alle omstandigheden vroeg wees kunnen worden en als oudere mannen door natuurlijke procreatie op hoge leeftijd vader mogen worden, mogen dan medische en ethische argumenten gebruikt worden om de menopauzale vrouw het moederschap te verbieden?

Zonder meteen een moreel standpunt in dezen te verdedigen, is dit een materie waar de wetgever zich ter wille van het gelijkheidsbeginsel en de familiale privacy terughoudend moet opstellen en de beslissing moet overlaten aan de verantwoordelijkheid van artsen en patiënten. Uitbreiding op grote schaal is wellicht niet te verwachten. Als een veroordeling toch geboden is, zou het de overheid meer sieren een – arbeidsintensieve – maatschappelijke ontradingsspolitiek te voeren dan een verbiedende wetsbepaling uit te denken.

De aanpak van de Spaanse wetgever kan hier tot voorbeeld strekken. In artikel 6(2) van de overigens zeer goed uitgewerkte wet van 22 november 1988 betreffende begeleidende voortplantingstechnieken bepaalt de wetgever dat de vrouw die een behandeling wenst te ondergaan, ingelicht moet worden over de mogelijke risico's voor haar afstammelingen en die welke gedurende haar zwangerschap te wijten zijn aan haar ongeschikte leeftijd. Maar de vrouw behoudt haar vrijheid. Een ouderdomslimiet wordt niet gesteld, een minimumleeftijd wel.

3. Het juridisch statuut van lichaamsdelen

a. Het juridisch statuut van het ongeboren leven

20. De vraag naar het juridisch statuut van het embryo ⁴⁰ is zeer belangrijk, omdat het antwoord dat ze krijgt bepalend is voor tal van andere samenhangende vraagpunten waartoe de medische wetenschap en techniek aanleiding geven.

Vragen naar het juridisch statuut van het embryo wordt in rechtsleer en rechtspraak overwegend begrepen als de vraag stellen of een embryo rechtspersoonlijkheid bezit dan wel een zaak is of iets daartussenin. Dat zo ijverig gezocht wordt naar het juiste antwoord, valt te begrijpen. Nu het technisch mogelijk is het embryo «te voorschijn» te halen en enige tijd ex utero in leven te houden, neemt het risico van ongewenste manipulatie toe en meteen ook het streven naar rechtsbescherming.

1) Kan het embryo houder zijn van subjectieve rechten?

aa) HET GELDEND RECHT

21. In de Europese rechtsstelsels wenst men het embryo te beschermen door het *subjectieve rechten* toe te wijzen. Daartoe moet het echter in rechte het predikaat «persoon» kunnen krijgen.

22. Het Belgisch positief recht heeft zich tot op heden weinig expliciet om het ongeboren leven bekommerd. In het Burgerlijk Wetboek wordt naar het ongeboren kind verwezen in art. 328, tweede lid, dat de erkenning vanaf de verwekking toelaat. Uit art. 331bis B.W. kan min of meer afgeleid worden dat een kind levend en levensvatbaar geboren moet zijn om als persoon beschouwd te worden, wat overigens een algemeen en wijd verspreid rechtsprincipe is ⁴¹. De artikelen 725 en 906 B.W. geven de grondslag voor het even bekende «infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur».

Dat het verwekte kind *geen persoon* is zolang het niet levend en levensvatbaar geboren is, staat dus gelet op deze beginselen onbetwistbaar vast. Het is dan ook geen houder van welk subjectief recht ook ⁴².

23. In beginsel zou men het voor de statuutbepaling van het embryo bij dit besluit kunnen laten. De ontwikkeling van de medische wetenschap dwingt nochtans tot nader onderzoek *de lege ferenda*.

De wet van 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking reikt misschien reeds een element aan, al ligt dit niet zozeer in de tekst van de wet als in de geest van de opstellers besloten, nl. de idee dat de ongeboren vrucht een levensbelang bezit dat bepaalde derden (moeder, arts) tot zekere zorgverplichtingen noopt en dat twaalf weken na zijn verwekking bijzonder stringent wordt.

bb) POGINGEN TOT UITBREIDING VAN HET JURIDISCH PERSOONSBEGRIJP

24. Er wordt gepleit voor een actualisering van het persoonsbegrip. Enkele parlementsleden meenden dit met één pennetrek te kunnen realiseren door in het Burgerlijk Wetboek een artikel in te laten luidend: «Het ongeboren kind bezit rechtspersoonlijkheid vanaf de verwekking» ⁴³.

Zo eenvoudig laat het probleem zich echter niet oplossen.

In tegenstelling tot de geboorte is de verwekking een niet met zekerheid te bepalen tijdstip, wanneer ze zich in het li-

⁴¹ Over zijn toepassing in het Anglo-Amerikaanse recht zie KASIMBA, P., «Regulating IVF human embryo experimentation: the search for a legal basis», *Austr. L. Journ.*, 1988, 132 e.v.

⁴² GEVERS, J., *l.c.*, 217.

⁴³ Voorstel BATAILLE, *Gedr.St., Senaat*, 1986-87, nr. 503/1, en voorstel LEONARD en VAN PARIJS, *Gedr.St., Kamer*, 1989-90, nr. 1033/1. Vgl. DE BLOIS, M., *Het recht op de persoonlijke integriteit in het internationale recht*, Haarlem, Uitg. Thesis, 1988, 64, en «Abortus en artikel 2 van de Europese conventie voor de rechten van de mens», *N.J.B.*, 1981, 148, nr. 4. Zie ook Gent, 14 november 1988, *V.T. Gez.*, 1988-89, 245, met kritische noot VAN LIL, M., «Abortus: noodtoestand en de individuele rechten van embryo en foetus», dat het embryo vanaf de innesteling in de baarmoeder als deel van de mensheid bestempelt en het individuele rechten toekent, welke op die van de moeder primeren.

³⁹ *De Morgen*, 29 december 1993, 1 en 3 januari 1994, 11.

⁴⁰ Hierna wordt de term «embryo» gemakshalve als algemene soortnaam gebezigd. Biologisch bestaat nochtans een onderscheid tussen concepties of pre-embryo (tot de 14e dag na de bevruchting), embryo (tot de 9e week) en foetus (tot de geboorte).

chaam van de vrouw voltrekt. Daarom stelt art. 326 B.W. een vermoeden in van verwekking tussen de 300e tot en met de 180e dag vóór de geboorte. Maar er is meer. Zoals het geldende persoonsbegrip in het recht de weerspiegeling was van de ethische visies en biologische kennis aangaande het mens-zijn uit de tijd toen het werd geconcipieerd, kan een nieuw juridisch persoonsbegrip dat verlegd zou worden naar een tijdstip vóór de geboorte, slechts bestaansrecht verwerven indien het geschraagd wordt door pertinente wetenschappelijke vaststellingen omtrent het mensbegrip in de biologie, de psychologie, de ethiek, de filosofie, de theologie, de geneeskunde enz.

25. In de actuele stand van de wetenschap wordt de menselijke persoon getypeerd door lichamelijke, psychische en relationele kenmerken⁴⁴. Een bepaalde levensbeschouwelijke opvatting ziet het embryo, zo niet reeds als persoon, dan toch minstens als een persoon in wording alleen omdat het alle noodzakelijke genetische informatie en biologische potentie in zich draagt om uit te groeien tot een volwaardige persoon⁴⁵. Het embryo is door zijn geheel eigen genetische samenstelling, verschillend van die van zijn ouders, reeds een individu⁴⁶. Een andere beschouwing wijst er daarentegen op dat de menswording zich slechts kan realiseren in de beschutting en dank zij de inbreng van het moederlichaam en op voorwaarde dat zich geen externe trauma's voordoen⁴⁷. Zo beschouwd is het embryo een soort parasiet van het moederlichaam. Tot de veertiende dag na de bevruchting zijn de embryonale cellen totipotent, zodat in de fase waarin de medische begeleiding van de voortplanting plaatsheeft het embryo geen ondeelbare eenheid is, wat nochtans een beslissend kenmerk van het persoon-zijn is⁴⁸.

Het mens-zijn wordt mede bepaald door intellectuele capaciteiten als zelfbewustzijn, intelligentie, moreel onderscheidingsvermogen e.d.⁴⁹. Over de geestelijke vermogens van het embryo is voorlopig echter weinig bekend.

Ook zijn relatiebekwaamheid is vermoedelijk minimaal of niet bestaand. Geheel problematisch wordt het als men vaststelt dat deze psycho-sociale kenmerken van het mens-zijn ook al wel eens ontbreken of geïmmobiliseerd zijn bij geboren personen (geesteszieken, comapatiënten, bejaarden, enz.).

⁴⁴ BAERTSCHI, B., «La place et le rôle de la personne en bioéthique», *Journ. Intern. Bioéth.*, 1993, 187 e.v.

⁴⁵ CONGRÉGATION POUR LA DOCTRINE DE LA FOI, o.c., 12-13; WATTIAUX, H. en RENAER, M., in *Bio-ethica in de jaren '90*, I, o.c., 295 e.v.; PEDROT, P., «Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé», *S.J.*, 1991, I, 3483, p. 29, nr. 16; Adviezen van het Franse Comité Consultatif National d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé dd. 22 mei 1984 en 15 december 1986; State of Louisiana Act (USA) nr. 964 van 14 juli 1986, §§ 123 en 126.

⁴⁶ DUNSTAN, G., «In-vitro fertilization: the ethics», *Hum. Repr.*, 1986, 42.

⁴⁷ DEMEYERE, F., «Het recombinant DNA-onderzoek. Interne en/of externe regulering», in *Bio-ethiek*, SUZANNE, C. en STUY, J. (red.), Brussel, VUB-Press, 1990, 148.

⁴⁸ LEROY, F., *Bio-ethica in de jaren '90*, I, o.c., 203; FORD, N., «Human life: when does it start?», *De grenzen van de geneeskunde? Bio-ethische reflecties*, The Millennium Conferences 1993, Koning Boudewijnstichting, Brussel, 51; Mc CORMICK, R., «The first 14 days», in *De grenzen van de geneeskunde?*, o.c., 53-54.

⁴⁹ *Bio-ethica in de jaren '90*, I, o.c., 287 e.v.

26. Soortgelijke, vaak emotionele conceptuele redetwisten brengen geen aarde aan de dijk⁵⁰.

Men zal moeten toegeven dat het persoonsbegrip buiten het recht niet op eenvormige en algemeen aanvaarde wijze kan worden gedefinieerd. Het is niet raadzaam op zo'n fundamentele onzekerheid een nieuw juridisch persoonsbegrip te baseren.

Zelfs al zou een buiten-juridisch persoonsbegrip omschreven kunnen worden, dan nog zou het concrete embryo daar zeer moeilijk aan te toetsen zijn. Het embryo zou trouwens een ongeïdentificeerde persoon zijn, zonder duidelijke naam, nationaliteit, woonplaats en met een niet altijd naspelbaar geslacht.

Bovendien zou het embryo zijn nieuw verworven rechten afgewogen zien aan de concurrerende rechten van anderen, waaronder in de eerste plaats zijn moeder. Het zou zich niet meer tegen inmenging in zijn bestaan kunnen verzetten dan de geboren persoon. Ook het geboren menselijk leven is immers geenszins onaantastbaar (zie artikel 2 E.V.R.M.)⁵¹.

Bovendien zou dan ook een antwoord bedacht moeten worden op de vraag wie de rechten van het embryo in zijn naam zal uitoefenen. De oude curator ad ventrem zou tot een «come-back» gehouden zijn (art. 393 oud B.W.).

27. Als een embryo geen persoon kan zijn, is het dan een doodgewone zaak? Ook hier moet het antwoord negatief zijn. Het embryo is immers – hoe onderontwikkeld ook – een unieke vorm van menselijk leven, die onder bepaalde voorwaarden – die niet louter van zijn constitutie afhangen – tot een persoon kan uitgroeien. In dat opzicht verschilt het van zaken als dieren, planten en levenloze voorwerpen. De principiële onschendbaarheid van de mens straalt af op het embryo en moet in het recht vertaald worden. Als het noch persoon noch zomaar een zaak is, valt het evenwel tussen de mazen van het juridisch net⁵².

28. Het aanvoeren van rechten voor het ongeborn kind is een typisch Europees fenomeen, verschillend van de Amerikaanse aanpak, waar in de restrictieve rechtspraak, na Roe v. Wade (1973), die abortus legitimeerde, het belang naar voren geschoven wordt dat de staat heeft bij de bescherming van het embryo om beperkingen op de abortusvrijheid te verantwoorden. Overigens komt dit er in de praktijk op neer dat met de staat als tussenpersoon, zoals in Europa, moeder en kind tot elkaars tegenstander worden gemaakt⁵³.

⁵⁰ Ook in het Anglo-Amerikaanse recht bemoeilijken zij het juridisch inzicht: KASIMBA, P., *l.c.*, 129-130.

⁵¹ ESER, A., «Research on the embryo: legal aspects in comparative perspective», *Law in East and West*, Institute of Comparative Law, Waseda University (Ed.), Tokyo, Waseda University Press, 1988, 81: «... killing has been justified even in cases of simple material interests or expansionist territorial demands, even without considering whether or not innocent life is at stake».

⁵² GEVERS, J., *l.c.*, 218, noemt het «een gegevenheid», maar wat voor een juridisch begrip is dat? Ook in de Verenigde Staten kan men niet kiezen tussen «zaak» of «persoon»: zie de rechtspraak geciteerd bij WALTHER, D.K., *l.c.*, 239 e.v.

⁵³ Over de vergelijking USA-Europa zie STEYGER, E., «Morele dilemma's in juridische verpakking», *Nemesis*, 1993, 24 e.v.

cc) POGINGEN OM HET EMBRYO RECHTEN VAN DE MENS
TOE TE WIJZEN

29. Pogingen om het embryo tot houder van mensenrechten te maken, meer bepaald van het recht op leven, zijn weinig succesvol geweest. Ter gelegenheid van de redactie van het I.V.B.P.R. werd een amendement om aan de bescherming van het leven in art. 6 de woorden toe te voegen «vanaf het ogenblik van de verwekking» afgewezen, omdat het voor de staat onmogelijk was dit moment concreet te bepalen en omdat de interne reguleringen op dat punt in de verdragsstaten al te zeer verschilden ⁵⁴.

30. Met betrekking tot art. 2 E.V.R.M. oordeelde de Europese Commissie te Straatsburg dat het woord «een ieder» niet de ongeborene omvat en dat dit artikel geen absoluut recht op leven van de foetus waarborgt ⁵⁵. De Commissie baseerde dit oordeel onder meer op een gelijklopende beslissing van het Oostenrijks Constitutioneel Hof ⁵⁶. Tegenstanders van de zienswijze van de Commissie poogden staande te houden dat het embryo misschien wel een beperkt levensrecht kon putten uit art. 2 E.V.R.M. ⁵⁷.

In ieder geval werd onze nieuwe zwangerschapsafbrekingswet vooralsnog niet in strijd geacht met art. 2 E.V.R.M. ⁵⁸. Tot een zelfde conclusie kwam men in Frankrijk voor de Franse abortuswet ⁵⁹.

31. Het Verdrag betreffende de Rechten van het Kind (1989) plaatste de problematiek in een nieuw daglicht door in zijn preambule een paragraaf uit de Verklaring van de Rechten van het Kind (1959) aan te halen, waarin aan het kind rechtsbescherming verleend wordt zowel vóór als na de geboorte. De tekst zelf van de Conventie blijft voorzichtig vaag. In art. 1, dat het toepassingsgebied afbakt, wordt het kind omschreven als «ieder menselijk wezen jonger dan achttien jaar». Er wordt wel een maximum- maar geen minimumleeftijdsgrens gesteld. De rechtsleer wenst toch niet meteen vergaande conclusies omtrent de status van het ongeboren leven te trekken ⁶⁰. Het citaat uit de UNO-Verklaring blijkt niet onvoorwaardelijk opgenomen te zijn en de toevoeging van een interpretatieve verklaring in de voorbereidende teksten relativeert de draagwijdte van de vermelding ⁶¹.

De preambule heeft bovendien niet noodzakelijk rechtstreekse werking ⁶². Het recht op zwangerschapsafbreking staat niet opnieuw ter discussie, want de bewuste frase be-

treft niet alleen het recht op leven maar alle andere afgekondigde rechten en vrijheden o.m. de verplichting van de staat overeenkomstig art. 6, al. 2, de overleving en ontwikkeling van het kind «to the maximum extent possible» te waarborgen. Een ongewenst kind laten geboren worden kan het kind na de geboorte blootstellen aan onaanvaardbare risico's voor zijn overleving en ontwikkeling en de staat kan zo zijn verplichtingen ex art. 6 schenden. Bovendien zou niet verondersteld mogen worden dat een verdrag dat het kind bedoelt te beschermen, afbreuk zou willen doen aan het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw, omdat het belang van het kind daarmee uiteindelijk niet wordt gediend. De passus in de preambule kan zo gezien worden als een extra argument voor een humane abortuswetgeving, die de emancipatie van vrouw en kind ten goede komt ⁶³.

Het komt er dus op neer dat de Conventie het vraagstuk niet oplost en iedere verdragsstaat zelf zijn standpunt moet bepalen.

2) Kan het embryo op een andere wijze
rechtsbescherming genieten?

32. Als rechtsbescherming van het embryo wenselijk wordt geacht, en daar schijnt vandaag een maatschappelijke consensus over te bestaan, dient een benadering te worden gekozen, die niet via het persoonsbegrip verloopt.

33. In de eerste plaats zij opgemerkt dat de status van het embryo uniform moet zijn, zowel voor het embryo dat past in een voortplantingsproject, op welk ogenblik ook van zijn ontwikkeling, als voor de restembryo's, de embryo's bestemd voor het medisch experiment en de overleden embryo's ⁶⁴. Als het embryo een intrinsieke waarde toegemeten wordt als lid van de menselijke familie, kan deze waarde niet variëren naargelang van de bedoelingen (eigen procreatieve of andere) die derden ermee hebben.

34. Het embryo is een lichaamsbestanddeel, dat onder een verschillend statuut valt naargelang het zich in het lichaam van een vrouw dan wel erbuiten bevindt. Een embryo in utero is een onderdeel van het lichaam van de vrouw, die het incorporeert, ook al bestaat het embryo voor de helft uit genetisch materiaal van de mannelijke verwekker of is het zelfs geheel vreemd omdat ook de eicel gedoneerd werd. Dit embryo valt onder haar exclusief beslissingsrecht, dat het uitzicht heeft van een persoonlijkheidsrecht. Het embryo geniet dan een personeel statuut.

Het embryo dat zich buiten het lichaam van een vrouw bevindt, is een lichaamsbestanddeel dat door de afscheiding onder een zakelijk statuut valt.

35. De vrouw oefent haar persoonlijkheidsrecht uit in haar beslissing om eicellen uit haar lichaam te laten oppikken bv. voor I.V.F. De man oefent zijn persoonlijkheidsrecht uit als hij door masturbatie of via een pick-up van spermacellen sperma vrijgeeft voor K.I. of I.V.F. Wanneer man en

⁵⁴ REDELBACH, A., «Protection of the right to life by law and by other means», *The right to life in international law*, RAMCHARAN, B. (red.), Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 198.

⁵⁵ E.H.R.M., 13 mei 1980, nr. 8416/78, X v. United Kingdom, N.J., 1981, 110, besproken door DE BLOIS, M., «Abortus...», l.c.

⁵⁶ VerfG. Wien, 11 oktober 1974, *Eur. Grund. Z.*, 1975, 74.

⁵⁷ DE BLOIS, M., «Abortus...», l.c., 148, nr. 3.

⁵⁸ MAES, C., «Wandelen kind en E.V.R.M. hand in hand doorheen de Belgische rechtspraak?», *T.G.R.*, 1991, 50, nr. 1.

⁵⁹ Trib. Adm. Rennes, 19 april 1978, geciteerd door DE BLOIS, M., «Abortus ...», l.c., 146, voetnoot 19.

⁶⁰ Zie reeds i.v.m. de Verklaring van de Rechten van het Kind, VAN LIL, M., l.c., 256.

⁶¹ ADRIAENSSENS, K., «De rechten van het kind», *R.W.*, 1991-92, 1109, nr. 13.

⁶² MAES, C., l.c., 51, nr. 1, onder verwijzing naar een cassatiereest i.v.m. de preambule van het E.V.R.M. (Cass., 5 februari 1985, *Arr.Cass.*, 1985, 749).

⁶³ WILLEMS, J., «Het VN-Kinderverdrag en het recht op abortus», *N.J.B.*, 1990, 776 e.v.

⁶⁴ Anders: Gent, 14 november 1988, geciteerd, dat aan statusbepaling vanaf de nidatie doet, en LAMPE, M.-F., «Procréation assistée – Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon – Statut de l'enfant à naître», *R.T.D.F.*, 1986, 149 en 156, die onderscheid naargelang het embryo al dan niet deel uitmaakt van «un projet d'enfantement».

vrouw tot deze afscheiding beslissen voor eigen procreatief gebruik bv. om een — verse — bevruchting in vitro te realiseren of hun lichaamsmateriaal in bewaring te geven door invriezing, vestigen zij ieder in eigen persoon een recht van toeëigening, zeg maar eigendomsrecht, op hun respectieve gameten en een onverdeeld eigendomsrecht op de versmolten ei- en zaadcel ⁶⁵.

Ieder van hen kan bij wijze van uitoefening van het eigen persoonlijkheidsrecht zijn bestemmingsbeslissing herroepen ⁶⁶. Gebeurt zulks nadat bevruchting bereikt is, dan kan alleen een gezamenlijke herroepingsbeslissing de bewaarnemer verplichten het in bewaring genomen lichaamsmateriaal terug te geven.

Indien geen herroeping gebeurt, worden de relaties tussen man en/of vrouw enerzijds en bewaarnemer anderzijds uitsluitend door het eigendomsrecht van eerstgenoemden — en uiteraard door de contractuele afspraken — geregeld. Wanneer de beslissing tot afscheiding niet tot eigen nut strekt, maar gepaard gaat met een afstandsbeslissing ten voordele van derden, creëert de uitoefening van het persoonlijkheidsrecht een zakelijk recht voor die derden. Persoonlijkheidsrecht en eigendomsrecht zijn dan verdeeld over verschillende personen. Maar ook hier kan door herroeping van de afstandsbeslissing tot op het ogenblik van incorporatie van het materiaal bij de derde vrouw — behoudens indien afstand is gedaan van het recht op herroeping — het eigendomsrecht van de ontvanger ongedaan gemaakt worden.

36. Het embryo in utero is een deel van het lichaam van de vrouw, een onderdeel van een persoon dus, zonder zelf een persoon te zijn. Omdat de vrouw naar geldend recht zelf geen zaak is en haar lichaam dus niet het voorwerp van zakelijke rechten kan zijn, is ook haar embryo geen zaak.

Het niet-geïncorporeerde embryo valt niet meer onder de bescherming van het persoonlijkheidsrecht van de vrouw, omdat dit recht tot doel heeft, in zijn fysieke verbanden, het lichaam en de persoonlijkheid van de vrouw te beschermen en het embryo daar door de losmaking geen deel meer van uitmaakt.

Omdat het afgescheiden embryo, als het geen persoon is, alleen nog als een zaak bekeken kan worden, omdat het recht redelijkerwijze slechts deze twee categorieën kan kennen, maakt het het voorwerp uit van het eigendomsrecht van zijn genitoren of van derden en vindt het in dit recht zijn bescherming.

Omdat het embryo, als beginnend menselijk leven, wel een *zeer bijzondere* zaak is, wordt de uitoefening van het eigendomsrecht onderworpen aan de beperkingen van de wet, de openbare orde en de goede zeden. Omdat het embryo, zelfs afgescheiden, wegens zijn aard nog enige relatie behoudt met het lichaam waaruit het is losgemaakt, kan het persoonlijkheidsrecht van de genitor de werking van het eigendomsrecht enigszins beïnvloeden.

37. Als nu geoordeeld wordt dat de uitoefening door genitoren en derden van hun persoonlijkheidsrecht en eigen-

domsrecht bedreigend kan zijn voor het embryo en bescherming daartegen gezocht wordt, kunnen aan genitoren en derden zorgvuldigheidsverplichtingen opgelegd worden ten aanzien van het embryo: bescherming door middel van een objectieve situatie dus in plaats van door subjectieve rechten ⁶⁷. Overtreding van die rechtsplichten kan civielrechtelijk als onrechtmatige daad en strafrechtelijk als misdrijf bestraft worden. In plaats van het recht van het embryo tegenover dat van geboren personen te stellen, worden nu rechten en plichten van geboren personen tegen elkaar afgewogen. Een verbod of beteugeling van rechtsmisbruik komt also het embryo ten goede. Het embryo hoeft dus geen «outlaw» te zijn. Het kan op analoge wijze als de dieren, het milieu, het bouwkundig erfgoed, het stoffelijk overschot van de mens e.a. rechtsbescherming genieten ⁶⁸.

38. Pragmatische argumenten gebieden deze benadering nog meer. Embryodonatie raakt als medische praktijk steeds meer ingeburgerd en kan steeds meer op maatschappelijke aanvaarding rekenen, zodat een wettelijk verbod als steeds minder haalbaar overkomt. Een dergelijke donatie kan alleen rechtmatig zijn, indien het embryo geen persoonswaardige toegemeten wordt, omdat ze anders gelijkstaat met een — naar geldend recht — ongeoorloofde beschikking over de staat van een persoon ⁶⁹.

Ook het instrumenteel gebruik van het embryo bij wetenschappelijke experimenten — en wie durft principieel hun nut betwisten? — kan alleen rechtmatig zijn, als men afstapt van de kwalificatie «persoon». Meteen vervalt de zinloze vraag of het embryo alleen als doel dan wel tevens als middel gesteld mag worden ⁷⁰. Tegelijk gaan perspectieven open om in de toekomst niet alleen restembryo's maar gericht gecreëerde embryo's voor research beschikbaar te maken. Tegelijk kan bezwaar gemaakt worden tegen experimenten als dat in het Duitse Erlangen waar geneesheren in 1992 — met goedkeuring van de ethische commissie van het ziekenhuis — het twaalf weken oude embryo van een hersendode vrouw poogden in leven te houden door bepaalde levensfuncties van de moeder tot aan de volgroeïing van de vrucht kunstmatig aan de gang te houden. Het recht op leven van het ongeboren kind leverde hier een excuus voor een stunt, die uiteindelijk mislukte ⁷¹.

Men ziet hoe het antwoord op de statusvraag reeds toestaat enkele van de secundaire vragen te beantwoorden. Het belang van de wetenschappelijke vooruitgang verplicht basisantwoorden te zoeken, die niet van het begin af elke ontwikkeling belemmeren. Als limitering geboden is, kan zij in het voorgestelde systeem nog ingebouwd worden.

⁶⁷ Zie over de objective situaties en hun relatie met de subjectieve rechten ROUBIER, P., «Droits subjectifs et situations juridiques», Parijs, Dalloz, 1963, nr. 6.

⁶⁸ ESER, A., *l.c.*, 83.

⁶⁹ LAMPE, M.F., *l.c.*, 142-143, die het embryo als prefiguratie van de persoon ziet, moet daarom embryodonatie verwerpen ten voordele van het nieuwe in te voeren begrip «embryo-adoptie» of «prenatale adoptie». In onze opvatting hoeft dat niet.

⁷⁰ GEVERS, J., *l.c.*, 219, die het embryo, i.t.t. de gameten, geen zaak durft te noemen, struikelt hierover. Rechtsbescherming gebaseerd op de zorgvuldigheidsplichten van derden, daarentegen, maakt het mogelijk het embryo als experimenteel object volwaardige bescherming te geven.

⁷¹ *Nemesis*, 1993, 27; *De Morgen*, 19 oktober 1992, 9.

⁶⁵ Vgl. GEVERS, J., *l.c.*, 217-218, en SENAËVE, P., «Juridische implicaties...», *l.c.*, 27, nrs. 6 e.v., die de eigendomsopvatting delen t.a.v. gameten. Gevers legt meer reserves aan de dag t.a.v. embryo's; Senaëve noemt ze niet expliciet.

⁶⁶ BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, A., *o.c.*, 22.

39. Naast pragmatische argumenten speelt nog een element van maatschappelijke politiek mee. De medische overheersing van de voortplanting, niet alleen door de procreatietechnologie maar ook door de ontwikkeling van anticonceptiva en abortustechnieken, heeft de vrouw seksuele vrijheid gegeven. Men hoeft geen feministe te zijn om in te zien dat de toedeling van rechten aan ongeboren embryo's of foetussen deze pas verworven vrijheid ernstig zal beknotten ⁷².

40. De voorgestelde blanco zorgvuldigheidsnorm kan zonder veel moeite een variabele, maatschappelijke waarde-toemeting insluiten, die rekening houdt met de ontwikkelingsgraad van de vrucht. Hij staat zelfs toe in overeenstemming te blijven met de preambule bij de Conventie betreffende de rechten van het kind, die ook alleen op rechtsbescherming van de ongeborene aandringt zonder hem rechtspersoonlijkheid toe te dichten. Hij zou bovendien ook toestaan positie te kiezen in nieuwe rechtspraakontwikkelingen in de Verenigde Staten en Australië, waar de overheid zwangere vrouwen reeds heeft gedwongen in het belang van het kind een behandeling te ondergaan of waar moeders veroordeeld werden, omdat ze hun kind geschaad hadden door onzorgvuldig gedrag (bv. druggebruik) tijdens de zwangerschap («wrongful life») ⁷³.

Misschien zal het invullen van die zorgplichten dezelfde maatschappelijke controversen opwekken, die thans bestaan, maar waar het al dan niet persoon-zijn van het embryo vooralsnog een uitzichtloze discussie is bij gebrek aan overtuigende extrajuridische bewijsvoering, kan met de zorgvuldigheidsnorm wellicht een misschien minimale maar dan toch consensuele standaard van embryobescherming worden ontwikkeld. De goedkeuring van de abortuswet in België — hoe moeilijk de voorgeschiedenis ook was — laat vermoeden dat deze hoop realistisch is.

b. Het juridisch statuut van de geslachtscellen

41. Het embryo is, buiten het lichaam van de vrouw een zaak waarvan het gebruik door de openbare orde en goede zeden gecontroleerd wordt.

Afgescheiden, zijn menselijke gameten ook zaken. Als lichaamsbestanddeel onderscheiden ze zich van gewone materiële dingen. Omdat ze op zichzelf maar «onvolledige» kieren van mogelijk nieuw leven zijn, zijn ze iets minder speciaal dan het embryo, wat zich zou moeten vertalen in een gematigder werking van de openbare orde en goede zeden.

c. Het juridisch statuut van andere lichaamsbestanddelen, weefsels en organen

42. Omdat de andere lichaamsbestanddelen profiteren van de bijzondere rechtswaarde van het menselijk lichaam, genieten ze een zelfde rechtsbescherming als de gameten. Geïncorporeerd vallen ze onder het persoonlijkheidsrecht

van hun houder, afgescheiden zijn het zaken, die beperkt verhandelbaar zijn.

d. Dient het beginsel van beperkte verhandelbaarheid om niet van lichaamsdelen gehandhaafd te worden ?

43. Het afstaan en transplanteren van lichaamsdelen is een courante klinische praktijk geworden, die veel menselijk leed heeft verzacht. De voorplantingstherapieën hebben grote behoefte aan vreemd genetisch materiaal. Traditioneel werd de verhandelbaarheid streng beperkt ⁷⁴. Afstand diende als spontane blijk van naastenliefde kosteloos te zijn (vgl. art. 4, § 1, Transplantiewet).

De prikkel die van de geldelijke beloning uitging, zou het individu ertoe bewegen roofoverval te plegen op zijn lichaam en gezondheid. Met betrekking tot de afstand onder de levenden van relatief belangrijke lichaamsbestanddelen kunnen we daar nog in komen. Maar moet dat ook gelden voor massaal aanwezige sperma- en eicellen ? ⁷⁵ Wat het embryo betreft, ligt het gegeven misschien iets gevoeliger, hoewel...

Nu al is het gebruikelijk een kleine beloning te geven voor het afstaan van lichaamsmateriaal, zogenaamd niet als betaling van wat is afgestaan, maar als compensatie voor werkverlet, reiskosten, tijdverlies enz. (vgl. art. 4, § 2, Transplantatiewet). Is deze voorstelling niet wat hypocriet ? Als vastgesteld wordt dat de overheid «om misbruiken te vermijden» de prijs bepaalt van weefsels en organen afgeleverd door de weefselbank (K.B., 15 april 1988, art. 9), waarom zou ze dan niet tevens de prijs mogen vaststellen waartegen het individu zijn sperma en eicellen mag afstaan aan het fertiliteitscentrum ?

Wij leven in een zakelijke maatschappij waar alles zijn waarde en prijs heeft, waar bestanddelen van de persoonlijke levenssfeer te gelde gemaakt mogen worden en waar het verlies van lichaamsdelen in een geldelijke schadevergoeding wordt uitgedrukt. Waarom zou men dan, onder controle van de overheid, geen financieel voordeel mogen halen uit de afstand van lichaamsdelen waar men zelf geen behoefte aan heeft ? Als daarmee meer sperma en eicellen beschikbaar komen, is dat dankbaar meegenomen.

Aldus kunnen de openbare orde en het gezondheidsbelang van derden harmonisch worden verzoend.

4. De juridische zeggenschap over de geslachtscellen en embryo's

a. Wie beslist over bewaring en gebruik ?

44. Voortbouwend op het voorgaande bezitten man en vrouw zeggenschap respectievelijk over hun sperma- en eicellen op grond van hun individueel persoonlijkheidsrecht zolang deze zich in hun lichaam bevinden en op grond van hun individueel eigendomsrecht zodra ze afgescheiden zijn.

Samen oefenen ze op gebonden wijze een eigendomsrecht uit over het embryo in vitro. Het embryo in utero valt alleen onder de beslissingsbevoegdheid van de vrouw. Daarom

⁷² HOLTRUST, N. en DE BONDT, I., «Het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw», *Ars Aequi*, 1992, 574 e.v.

⁷³ Verwijzingen bij HOLTRUST, N. en DE BONDT, I., *l.c.*, 579 e.v. en BRAHAMS, D., «Australian mother sued by child injured in utero», *Nemesis*, 1992, 35.

⁷⁴ SENAËVE, P., «Juridische implicaties»..., *l.c.*, 629, nr. 11.

⁷⁵ Zie over de recente ontwikkelingen, GEVERS, J., *Beschikken over cellen en weefsels*, Deventer, Kluwer, 1990, en de aangehaalde verwijzingen.

worden mannen terecht afgewezen als ze in rechte inspraak opeisen over een door hun partner voorgenen zwangerschapsafbreking ⁷⁶.

b. Wat bij overlijden van een partner of onenigheid over de bestemming van ingevroren sperma en embryo's?

45. Delicate rechtsvragen kunnen rijzen bij onenigheid van de partners over de bestemming van het embryo of bij overlijden van een van hen of beiden of bij overlijden van de man, die sperma heeft laten invriezen.

Omdat per hypothese vertrokken wordt van door het fertiliteitscentrum bewaard materiaal, verdient allereerst de juridische relatie tussen de partners en het centrum aandacht.

In een eerste en vaak besproken Frans vonnis over deze problematiek besliste het Tribunal de Grande Instance te Créteil dat de man die sperma in bewaring geeft aan een spermabank (i.c. het CECOS), geen overeenkomst van bewaargeving in de zin van de artt. 1915 e.v. C.civ. sluit, omdat het sperma niet in de handel is (art. 1128 C.civ.). Wel aanvaardde de rechtbank dat een sui generis contract gesloten kan worden op grond waarvan de weduwe van de man, mede gelet op het feit dat het in de bedoeling van de overledene had gelegen met het spermastaal een kind bij zijn echtgenote te verwekken, het sperma kan terugkrijgen ⁷⁷. Men notere reeds de tegenspraak in de wankle rechtsconstructie van de rechtbank: een bewaargevingscontract kan niet, omdat sperma geen gewone zaak is, maar een niet benaamd contract kan wel ⁷⁸. In de marge zij opgemerkt dat de rechtbank met haar beslissing impliciet de aanwending van de voortplantingstechnologie ten behoeve van de alleenstaande vrouw goedkeurde.

Gealarmeerd door deze beslissing lasten de CECOS in de bewaaringsovereenkomsten die ze met hun cliënteel sloten, een beding in bepalend dat het sperma van de echtgenoot slechts in zijn aanwezigheid en met zijn toestemming kon worden gebruikt. Dit beding bleek zijn nut te hebben, want toen enkele jaren later opnieuw een weduwe opdook die het sperma van haar echtgenoot terugvroeg, werd ze door het Tribunal de Grande Instance te Toulouse op grond van dit beding afgewezen ⁷⁹.

De rechtbank trok de kromme lijn van Créteil door: het extrapatrimoniaal karakter van het sperma maakt niet iedere overeenkomst terzake nietig. De vrees mee te helpen aan de verwekking post mortem van een kind zonder vader, speelde daarbij zeker mee. Deze uitspraken zijn typisch Frans, typisch restrictief. Met een conservatief Comité National d'Ethique, een belerend Hof van Cassatie en snel geschokte theoretici kon het waarschijnlijk niet anders.

Recht mag nochtans niet gevoelsmatig bedreven worden. Alleen wanneer men valse piëteit van zich afzet, komt men tot een zuivere juridische constructie.

46. Als afgescheiden gameten en embryo's, zoals boven gesteld, zaken zijn – ze mogen dan nog persoonsgebonden

zijn en onder toezicht van de openbare orde staan – is een gewone – bezoldigde – bewaargeving de enige correcte constructie.

Indien bepaalde uitwerkingen van de bewaargeving niet gewenst zijn (bv. art. 1939 B.W., dat het bewaarde laat toekomen aan de erfgenaam van de bewaargever), kan een eenvoudige wetsaanvulling het bezwaar wegnemen, hoewel m.b.t. het genoemde wetsartikel geargumenteed kan worden dat de openbare orde nu reeds verhindert dat «de zaak sperma» onder de erfrechtelijke regeling valt ⁸⁰. Als de overlevende partner gerechtigd is het sperma terug te krijgen, moet dat op basis van de wilsbeschikking van de overledene zijn. Heeft deze zijn wil niet uitgedrukt, dan moet naar zijn vermoedelijke wil gezocht worden. Toegepast op de zaak van Créteil leidt deze visie tot dezelfde concrete oplossing, maar juridisch staat ze steviger.

47. Voor het ingevroren embryo moeten dezelfde principes gelden. Sommigen zullen misschien terughoudend zijn bij vooroverlijden van de vrouw, omdat de man het embryo zelf niet kan «ontvangen», tenzij voor een nieuwe partner of om er ten voordele van derden over te beschikken. Juridisch lijkt het embryo hem als genitor-eigenaar nochtans te moeten toekomen. Het fertiliteitscentrum kan zeker niet meer rechten claimen, ook niet om het embryo te vernietigen. In de klinische praktijk hoeven dergelijke situaties niet zo'n grote problemen op te leveren als men theoretisch kan bedenken. Verantwoordelijke medici zullen er immers op aandringen dat dit soort eventualiteiten gedetailleerd geregeld wordt in de behandelingsovereenkomst die met de patiënten wordt gesloten.

De problemen die tot op heden in de praktijk gerezen zijn, betroffen alle gevallen waarin vooraf geen duidelijke afspraken waren gemaakt, deels wegens de verkeerde opvatting dat overeenkomsten in deze materie toch niet rechtsgeldig zijn.

Als men vaststelt dat veelvuldig geschriften worden opgesteld om louter materiële belangen te regelen in het kader van buitenhuwelijkse samenleving, echtscheiding door onderlinge toestemming e.d. dan begrijpt men niet dat de zoveel hogere belangen betrokken bij de voortplanting niet zorgvuldiger worden overwogen.

48. Met dezelfde aanbeveling – gedetailleerde schriftelijke afspraken maken – kunnen de moeilijkheden bij meningsverschillen tussen de partners over de bestemming van hun embryo voorkomen worden. Tot welke onoplosbare toestanden men anders komt, toont de Amerikaanse zaak Davis v. Davis, waarin ruziende echtgenoten, verwikkeld in een scheidingsprocedure, elkaar het recht op hun zeven ingevroren embryo's betwistten.

In eerste aanleg werd mevr. Davis het voorlopig hoede-recht over de embryo's toegekend in afwachting van implantatie. Op het hoger beroep van de man werd de beslissing gewijzigd en werden de embryo's onder de gezamenlijke beslissingsbevoegdheid van de echtgenoten geplaatst ⁸¹. Deze

⁷⁶ Nys, H., o.c., nr. 463; PEDROT, P., l.c., 27, nr. 9; Rb. Groningen, 26 oktober 1988, K.G., 1988, 449.

⁷⁷ Trib. Gr. Inst. Créteil, 1 augustus 1984, S.J., 1984, II, 20321.

⁷⁸ SENAEVE, P., «Juridische implicaties...», l.c., 630, nr. 13.

⁷⁹ Trib. Gr. Inst. Toulouse, 26 maart 1991, S.J., 1992, II, 21807, noot PEDROT, P.

⁸⁰ Vgl. SENAEVE, P., «Juridische implicaties...», l.c., 630, nr. 14.

⁸¹ Besproken door WALTHER, D.K., l.c., 243 e.v.; PANITCH, A., «The Davis dilemma: how to prevent battles over frozen embryo's», *Case Western Reserve Law Review*, 1991, 543; MIETLING EGET, M., «The Solomon decision: a study of Davis v. Davis», *Mercer Law Review*, 1991, 1113; OLIFF, S., «To be genetically tied or not to be. A

oplossing valt, gelet op de onenigheid van de partners, niet goed te keuren. Zij veronachtzaamt de belangen van de bewaarder, die niet verplicht mag worden eeuwig de kosten en lasten te dragen van de bewaring van embryo's over wiens bestemming nooit een eenduidige beslissing wordt genomen.

c. Addendum: de inseminatie en embryo transfer post mortem

49. De verwekking van een kind met genetisch materiaal van de overleden partner stelt afstammings- en erfrechtelijke problemen, die niet bevredigend opgelost kunnen worden aan de hand van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek. Voor zover partijen voor deze hypothese zelf al niet de vernietiging van het bewaarde genetisch materiaal zijn overeengekomen, kan de wetgever, wegens de complexiteit van de materie en het belang van het kind, overwegen KI of IVF post mortem te verbieden en de vernietiging van het materiaal te bevelen. Geeft hij daarentegen de voorkeur aan het voortplantingsbelang van de overlevende, dan is een aangepaste rechtsregeling geboden.

50. Momenteel is de maximale bewaarduur in België niet eenvormig, in ieder geval niet bij de wet, vastgelegd⁸². Theoretisch kan met ingevroren materiaal over de generaties heen aan voortplanting worden gedaan. De medische deontologie is gelukkig in staat dit soort excessen uit te sluiten.

In de praktijk is de bewaartermijn vrij kort wegens de kosten die de bewaring met zich mee brengt, maar verlengbaar⁸³.

51. Indien het kind na overlijden van de partner – normalerwijze de man – geboren wordt, zal dit meestal meer dan driehonderd dagen na diens overlijden zijn, zodat het de overledene niet tot juridische vader zal hebben (art. 315 B.W.). Dit is wellicht niet raadzaam⁸⁴.

Het kind zal evenmin van hem kunnen erven, indien het in die omstandigheid met zijn ingevroren sperma is verwekt (art. 725, tweede lid, 1° B.W.). Indien de overledene *de lege ferenda* tot juridische vader gemaakt wordt, kan daar best een erfrechtelijke roeping aan verbonden worden.

Indien het kind uit een ingevroren embryo is gegroeid, zou in een ruime interpretatie⁸⁵, de «infans conceptus»-regel aangewend kunnen worden om het kind intestaat erfrecht

te verlenen, als het in de nieuwe regeling tot afstammeling van zijn vader wordt gemaakt.

In het licht van de nieuwe procreatietherapieën is de «infans conceptus»-regel nochtans aan bijwerking toe. Er zou ondubbelzinnig bevestigd moeten worden dat hij ook geldt ten voordele van het embryo in vitro en de vereiste binding van het embryo met een bepaalde familie zou nauwkeurig omschreven moeten worden, nu het ook mogelijk is om een ingevroren embryo af te staan aan derden, waardoor het tot de familie van deze laatsten gaat behoren.

5. De donatie van geslachtscellen en embryo's

52. De donatie van geslachtscellen en embryo's wekt meerdere rechtsvragen op naar de toelaatbaarheid van de techniek als geheel en – nieuw – naar de toelaatbaarheid van het gebruik van eicellen uit dode embryo's in het bijzonder, naar de geheimhouding van de identiteit van de donor, naar zijn sociale betrokkenheid bij het geboren kind, naar de invloed van het donorschap op de afstammeling van het kind enz. Hier worden er reeds enkele besproken.

a. Is de donatie een schenking in de civielrechtelijke betekenis?

53. De afstand van sperma, eicellen en embryo's ten behoeve van een onvruchtbare gegadigde staat sinds zijn eerste toepassingen bekend onder de benaming «donatie».

Donatie verwijst naar de rechtsfiguur van de schenking (Fr. «don» - «donation») i.e. een contract.

De status van het genetisch materiaal, zoals boven beschreven, – een persoonsgebonden zaak – leent zich tot inpassing in de contractsfiguur. Ze verplicht er ons niet toe de donatiepraktijk voor embryo's in te passen in een te ontwerpen prenatale adoptie, omdat een juridische persoon in het geding zou zijn.

54. De schenking wordt in het Burgerlijk Wetboek geregeld door de artikelen 893 e.v. De schenking onder de levenden is een akte waarbij de schenker zich dadelijk en onherroepelijk van de geschonken zaak ontdoet ten voordele van de begiftigde, die ze aanneemt (art. 894 B.W.). De schenking heeft ten opzichte van de schenker eerst gevolg van de dag waarop de begiftigde hem zijn akte van aanneeming betekent (art. 932 B.W.).

Bij donatie is er geen rechtstreekse schenking van de schenker aan de begiftigde en bereikt de aanvaarding door de begiftigde de schenker niet. In feite fungeert het fertiliteitscentrum als tussenschot tussen schenker en begiftigde en worden twee aparte en onafhankelijke overeenkomsten gesloten. De donoren sluiten met het centrum een contract van afstand met de impliciete of expliciete toelating voor het centrum hun materiaal, onder voorbehoud van art. 6 B.W., te gebruiken ten voordele van kinderloze gegadigden. De acceptanten sluiten op hun beurt met het centrum een behandelingsovereenkomst, waarin ze zich bereid verklaren gameten of embryo's die het centrum in zijn bezit heeft, te ontvangen in de hoop er hun eigen kinderwens mee te vervullen.

In tegenstelling tot de schenkingen, die in principe onherroepelijk zijn, behoudens enkele strikt gereguleerde uitzonderingen, kan een overeenkomst van afstand van ga-

dilemma posed by the use of frozen embryos», *Women's rights law reporter*, 1990, 115.

⁸² De Engelse Human Fertilisation and Embryology Act (1990) bepaalt een maximumtermijn van tien jaar voor gameten en vijf jaar voor embryo's (sec. 14 (3) en (4)). De Spaanse wet van 22 november 1988 bepaalt de termijn uniform op vijf jaar.

⁸³ In het AZ-VUB geldt voor sperma een bewaartermijn van vijf jaar telkens met twee jaar verlengbaar. Embryo's worden ingevroren voor drie jaar. Deze termijn kan tweemaal met één jaar verlengd worden.

⁸⁴ SENAËVE, P., «Juridische implicaties...», *l.c.*, 633, nr. 20. Voor een alternatief zie art. 9 van de Spaanse wet, geciteerd.

⁸⁵ Nl. als men de verwekking mag situeren in biologische termen, i.e. op het ogenblik dat de zaadcel in de eicel binnendringt (de voorwaarde van art. 725, tweede lid, 1° B.W. is dan vervuld) en niet in een interpretatie, die – naar HEYVAERT, A., *l.c.*, 233, nr. 18, stelt – meer bij de geest van de afstammingswet aansluit, op het ogenblik van de implantatie van het ontdoode embryo bij de vrouw.

meten en embryo's zonder opgave van redenen herroepen worden door de donor.

De donatie kan dus helemaal niet ingepast worden in de civielrechtelijke schenking.

b. Is aangepaste regelgeving nodig?

55. De afstand en de aanvraag om behandeling met donormateriaal kunnen perfect tot de contractsbevoegdheid van partijen blijven behoren. Bij embryodonatie ontstaat, kortere of langere tijd tussen de afstand en de inplanting bij een andere vrouw, een embryo zonder familiestatuut. Het embryo is dan een soort heerloos object, waarvan de bescherming geheel onder de medische deontologie ressorteert. Het fertiliteitscentrum bezit niet als eigenaar, maar als tijdelijke houder onder voorwaarde van afstand aan derden.

Onwillekeurig vergelijkt men deze situatie met die van het verlatenverklaard kind, dat een voogd toegewezen krijgt, die op zijn adoptie moet toezien (art. 370bis e.v. B.W.). De medische deontologie kan deze periode voldoende veilig overbruggen, opdat geen andere regelgeving door het recht vereist is.

56. Een gebeurtenis die de relaties van betrokkenen kan verstoren en daarom eventueel wel voor regulering in aanmerking komt, is de herroeping van de afstand. De herroepbaarheid ad nutum van de uitoefening van een persoonlijkheidsrecht is door rechtspraak en rechtsleer geconcipieerd naar het voorbeeld van het recht tot inkeer verbonden aan de morele auteursrechten.

Tot wanneer herroepen kan worden is niet zeer duidelijk. Rederlijkerwijze zou men bij embryodonatie kunnen antwoorden: tot het embryo tot de familie van de acceptant is gaan behoren. Dit is niet op het ogenblik van ondertekening van de behandelingsovereenkomst, omdat het embryo dat de ontvangers zullen krijgen voor hen en misschien zelfs voor de arts dan nog niet identificeerbaar is. De ontvangster krijgt immers een anoniem door de arts uitgekozen embryo ingeplant. Zijn nieuwe familiestatus krijgt het embryo pas op het moment van de inplanting. Tot dan heeft de ontvangster bij anonieme donatie geen band met het bewuste embryo dat door die bepaalde donoren werd afgestaan.

Bij gametendonatie zou de herroeping kunnen geschieden tot zij door samensmelting met een ongelijksoortige gameet tot een embryo zijn verworven.

Omdat herroeping na afscheiding van het bestanddeel ingrijpt in een fase die volledig onder toezicht staat van de medische deontologie en door het beroepsgeheim van de medicus toegedekt wordt, neigen we ernaar, om praktische redenen, wettelijke opheffing van de herroepbaarheid vanaf de afscheiding voor te stellen. Zoniet, dan plaatst men de rechter die uitspraak moet doen over een betwisting tussen afstanddoener en medicus, voor een schier onmogelijke taak.

Dat de afstanddoener gegronde motieven kan hebben om op zijn afstandsbeslissing terug te komen, is een argument dat niet ter zake mag doen nu de herroepsbeslissing ad nutum geldt.

Een verbod van herroeping zou de donoren ertoe aanzetten hun afstand goed te overwegen. Herroeping is tenslotte een belemmering voor een goede klinische praktijk.

We zijn er ons van bewust dat we hiermee een andere optie nemen dan die vertolkt door de Transplantatiewet, die

herroeping van afstand onder de levenden op elk moment toelaat (art. 8, § 1).

c. Moet het kind een recht toegewezen worden op informatie over de donor?

57. De vraag naar het recht van het kind om geïnformeerd te worden over degene die het genetisch materiaal geleverd heeft, is zeer delicaat en wordt in Europa verschillend beantwoord.

De Belgische wet blijft voorlopig het antwoord schuldig. De medische praktijk in België heeft de donatie steeds toegedekt met het beroepsgeheim. Noch het feit van de verwekking door middel van donatie, noch de identiteit en medische status van de donor worden bekendgemaakt aan de ontvangers en het kind en vice versa ⁸⁶.

Zo wordt vermeden dat donoren voor hulpverlening zouden terugschrikken en wordt het risico van latere confrontatie tussen donoren, ouders en kind, met alle juridische geschillen van dien, uitgeschakeld.

Bij eiceldonatie lukt geheimhouding niet altijd. Gelet op het heersend tekort aan eicellen zullen de aspirant-ouders dikwijls hun eigen donor meebrengen. Om toch het geheim te bewaren zal een wisseldonatie worden voorgesteld; koppel A en B brengen elk hun eigen donor mee waarna de donoren worden uitgewisseld.

Alleen bij draagmoederschap is anonymaat nagenoeg uitgesloten.

De geheimhouding wordt ook als principe aanbevolen door het CAHBI van de Raad van Europa, behalve voor genetische informatie als het gezondheidsbelang van het kind openbaring eist (principe 13).

58. Toen in de allereerste wet over kunstmatige inseminatie, nl. de Zweedse wet van 20 december 1984, het recht bekrachtigd werd van het K.I.D.-kind om, eenmaal volwassen, informatie over de donor op te vragen (art. 4), verbaasde dit menig jurist in België, Nederland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. In Duitstalige landen viel het Zweedse initiatief in goede aarde. De Duitse Benda Commissie, die verslag moest uitbrengen over de nieuwe procreatietherapieën, koos ook voor openheid ⁸⁷. Dit lag volledig in de lijn van de Duitse traditie, die steeds groot belang gehecht heeft aan de bloedband. Op 31 januari 1989 besliste het Bundesverfassungsgericht, in een reminiscentie aan nazistische oorlogspraktijken, dat het kind uit de artikelen 1 en 2 van de Grondwet het recht put zijn genetische afstamming te kennen. Dit recht behoort tot zijn «allgemeines Persönlichkeitsrecht» beschermd door § 823 B.G.B. ⁸⁸. Sederdien wordt gestreefd naar een nieuwe rechtsvordering, die zou toestaan de genetische afkomst vast te stellen zonder wijziging van de juridische status van het kind ter wille van de loutere genetische waarheid ⁸⁹.

⁸⁶ Kamer, Vr. en Antw., nr. 54, vraag nr. 132 van De Mol, 17 juli 1992, VI.T.Gez., 1992-93, 372.

⁸⁷ WORKING GROUP ON IN VITRO FERTILISATION, GENOM ANALYSIS AND GENE THERAPY, Report, Federal Ministry of Justice, 1985, nr. 2.2.1.2.2.1.

⁸⁸ Fam.RZ, 1989, 255.

⁸⁹ Over deze ontwikkelingen zie de zeer interessante studie van FRANK, R., «La signification différée attachée à la filiation par le

Dergelijke rechtsopvattingen sluiten natuurlijk ieder aanspraak van de donor op geheimhouding uit. Het mag dan ook vreemd genoemd worden dat het recht op voorlichting van het kind nergens teruggevonden wordt in de Duitse embryobeschermingswet van 13 december 1990.

In het Oostenrijks ontwerp van wet betreffende medisch begeleide voortplanting krijgt het kind bij zijn meerderjarigheid wel het recht informatie in te winnen over de identiteit van zijn biologische vader⁹⁰. Ook in Zwitserland wordt behoud van de anonimiteit van de donor niet wenselijk geacht⁹¹.

59. Onder invloed van deze buitenlandse tendensen is men ook in die landen, waar oorspronkelijk geheimhouding gehuldigd werd, naar tussenoplossingen gaan zoeken.

De Spaanse wet van 22 november 1988 gaat uit van een anonieme donatie en legt strikte geheimhouding op van de identiteitsgegevens van de donor, die in gecodeerde vorm bewaard moeten worden in het fertiliteitscentrum en in het Nationaal Register van donoren. Niettemin mag het kind algemene informatie over de donor, die zijn identiteit niet reveleert, opvragen.

Alleen in uitzonderlijke omstandigheden van bewezen gevaar voor het leven van het kind mag het de identiteit van de donor vernemen (art. 5, (5)).

Onder de gelding van de Engelse Human Fertilisation and Embryology Act (1990) kan degene die weet of vermoedt door medisch begeleide voortplanting geboren te zijn, de Human Fertilisation and Embryology Authority, die het register van de voortplantingstherapieën bijhoudt, verzoeken mee te delen of een persoon die hij aanwijst, een verwant van hem is (sec 31). Aldus wordt gepoogd consanguine huwelijken te vermijden.

In het Nederlandse voorstel van Wet donorgegevens kunstmatige inseminatie kunnen, alleen i.v.m. spermadonatie, aan de stichting, die de informatie zal bijhouden, medische gegevens over de donor opgevraagd worden door de huisarts van het kind en niet herleidbare persoonsgegevens door de ouders voor een kind jonger dan twaalf en door het kind zelf wanneer het twaalf is. Als het kind nog geen zestien is, worden de ouders steeds mee geïnformeerd. De persoonsidentificerende gegevens worden aan een persoon van zestien verstrekt als de donor daarmee ingestemd heeft, maar zelfs zonder toestemming kan het kind ze toch vernemen, indien de stichting oordeelt dat het daartoe een zwaarwegend belang heeft. Tegen dit voorstel zijn reeds ernstige kritieken geformuleerd⁹².

60. Wat moeten wij in België doen. Ten eerste zij opgemerkt dat noch uit art. 7 van het Verdrag over de Rechten van het kind (het recht om zo mogelijk zijn ouders te kennen en door hen opgevoed te worden) noch uit art. 8 (het recht van het kind om zijn identiteit te bewaren, nl. zijn nationa-

liteit, naam en familiebanden) het recht afgeleid kan worden de identiteit van de donor te vernemen⁹³.

Het lijkt zinvol dat de wetgever de resultaten afwacht van de follow-up-studies die aan de gang zijn⁹⁴ over de psychosociale verwerking van de anonieme donorverwekking door de donorkinderen en hun ouders. Tot nog toe werd voornamelijk onderzoek gedaan naar identiteitsproblemen van adoptiekinderen, maar deze resultaten zijn niet zonder meer compatibel.

Vervolgens is bezinning nodig over de grondslagen van het juridisch ouderschap. Is het nog raadzaam dat het afstammingsrecht zozeer op biologische waarheidsoverwegingen steunt of moet de weg geopend worden naar meer sociaal en intentioneel ouderschap? Als voor deze laatste benadering gekozen wordt – en het dunkt ons dat we die richting uit moeten⁹⁵ – is openstelling van het donatieregister niet zo vanzelfsprekend. Dit belet niet dat nog altijd uitzondering gemaakt kan worden voor gezondheidsgegevens als daar een wettig belang voor voorhanden is. In de toekomst zal dat er steeds vaker zijn, nu de ontsluiting van de geheimen van de erfelijkheid meer en meer de behoefte laat gevoelen aan genetische informatie over de voorouders⁹⁶.

Vóór alles moet de wetgever ervoor waken dat zijn keuze de gezinsorde bij donor en ontvangers zo weinig mogelijk verstoot.

De keuze voor welk systeem ook moet een duidelijke en uniforme regeling voor alle vormen van donatie inhouden, zodat partijen van het begin af weten welke hun onveranderlijke rechten en plichten jegens elkaar zullen zijn.

6. Experimenten op embryo's: is regulering gewenst?

61. Wetenschappelijk onderzoek is een noodzaak voor verbetering van iedere wetenschappelijke technologie. Dit geldt in het bijzonder in de sector van medisch begeleide voortplanting en genetica.

Deze materie is op geen enkele wijze door het Belgisch recht geregeld.

62. Onderzoek op *gameten* wekt weinig bezwaren. In de Aanbeveling 1100 (1989) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa betreffende het gebruik van menselijke embryo's en foetussen voor het wetenschappelijk onderzoek wordt het principieel toelaatbaar geacht op voorwaarde dat de gameten nadien niet gebruikt worden voor bevruchting in vitro met het oog op de voortplanting (principes 1-3).

63. Experimenten met levende embryo's liggen voor velen problematischer. Ofwel betreft het bij pre-implantatieonderzoek embryo's die boventallig waren en ten aanzien waarvan de eigenaars geopteerd hebben voor afstand aan het fertiliteitscentrum ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek, ofwel betreft het embryo's die speciaal daartoe gecreëerd worden. Hoewel dit laatste vaak afgekeurd wordt⁹⁷,

sang en droit allemand et français de la famille, *Rev.Int.Dr. Comp.*, 1993, 635 e.v.

⁹⁰ Besprolen door BERNAT, E., «Regulating 'the artificial family': an Austrian compromise», *Journ. Int. Bioét.*, 1992, 103 e.v.

⁹¹ Trib.Féd. Suisse, 15 maart 1989, geciteerd, 78.

⁹² LEENEN, H., «Het recht op kennisname van de identiteit van de gametendonator en diens anonimiteit», *N.J.B.*, 1993, 1101.

⁹³ LEENEN, H., *l.c.*, 1103; ADRIAENSSENS, K., *l.c.*, 115, nr. 51.

⁹⁴ O.m. in de Faculteit Psychologie V.U.B. door P. BAETENS.

⁹⁵ Zie *infra*.

⁹⁶ LAMPORT, A., «The genetics of secrecy in adoption, artificial insemination and in vitro fertilization», *Am. Journ. Law Med.*, 1988, 109.

⁹⁷ Bv. Ontwerp aanbeveling CAHBI aan Comité van Ministers (Raad van Europa), Addendum CM (1987), 112, principe 16; Ad-

stoort het ons eigen ethisch gevoel als jurist niet gegeven het belang van de geneeskunde en de wetenschap dat het onderzoek geen pijn of schade verwekt bij een rechtssubject dat op zijn klacht gehoord kan worden. Het onderscheid tussen beide categorieën embryo's steunt slechts op subjectieve gevoelsargumenten, die in het recht niet dienend kunnen zijn ⁹⁸.

Men moet er zich van bewust zijn dat regulerende initiatieven gericht op de beperking van het aantal boventallige embryo's ⁹⁹, voor zover ze medisch-technisch realiseerbaar zijn en het gezondheidsbelang van de patiënte dienen – quod non¹⁰⁰ –, geen zegen zijn voor de therapie en op de duur in het nadeel van de patiënt uitvallen.

64. In de opvatting dat het embryo een persoonsgebonden zaak is waaromtrent derden zorgplichten in acht dienen te nemen, is er geen principieel bezwaar tegen het uitvoeren van experimenten op embryo's in vitro. Dit geldt zowel voor de experimenten met therapeutisch nut voor het embryo als voor het fundamenteel onderzoek.

We kunnen het dan ook niet vinden met principe 17 van de Ontwerp-Aanbeveling van het CAHBI (Raad van Europa) dat iedere handeling op het embryo verbiedt die niet zijn belang dient of beperkt blijft tot niet schadelijke waarnemingen. Ook het overeenstemmend principe 4 van de Aanbeveling 1100 is veel te restrictief ¹⁰¹. Beide teksten laten echter een beperkte ruimte voor onderzoek als de onderzoeker een aantal zorgvuldigheidsverplichtingen naleeft. Hierin kunnen we de Raad van Europa wel volgen.

De vormgeving van deze zorgvuldigheidsplichten is evenwel zo'n gespecialiseerde en aan ontwikkeling onderhevige materie dat ze beter overgelaten wordt aan de consensus van de wetenschappers en andere professionele deskundigen. In de wet zouden ten hoogste enkele summier aanwijzingen opgenomen kunnen worden.

Mogelijke zorgvuldigheidsnormen zouden bijvoorbeeld kunnen zijn:

- verbod van embryo-onderzoek als dierproeven uitsluitend kunnen geven;
- beperking van het onderzoek tot een te bepalen tijdsperiode vanaf de verwekking;
- goedkeuring van het onderzoeksprotocol door een onafhankelijke ethische commissie en toezicht van deze commissie gedurende heel het verloop van het experiment;

vies CAHBI over de Aanbeveling 1046 betreffende het gebruik van embryo's voor diagnostische, therapeutische, wetenschappelijke, industriële en commerciële doeleinden, in CONSEIL DE L'EUROPE, *Droits de l'homme. Feuille d'information* nr. 24, Straatsburg, november 1988 - mei 1989, 173; Aanbeveling 1100 Raad van Europa, geciteerd, principe 21; COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE (Frankrijk), advies van 15 december 1986.

⁹⁸ GEVERS, J., «Kunstmatige voortplanting...», *l.c.*, 220.

⁹⁹ Bv. Ontwerp aanbeveling CAHBI, geciteerd, principe 8,1; EUROPEES PARLEMENT, Resolutie betreffende de kunstmatige bevruchting in vivo en in vitro, van 16 maart 1989, principes 4 en 5 en het verslag van C. CASINI in EUROPEES PARLEMENT, *Ethische en juridische problemen in verband met genetische manipulaties en kunstmatige bevruchting bij de mens*, Luxemburg, 1990, 88, nr. 11.

¹⁰⁰ DEVROEY, P. en VAN STEIRTEGHEM, A., *l.c.*, 155.

¹⁰¹ In één adem wordt er dan nog een verbod aan toegevoegd voor clonen, chimaeren en hybriden, terwijl hiervoor toch geldige wetenschappelijke motieven aanwezig kunnen zijn: DEMEYERE, F., *o.c.*, 147-148.

– verbod van implantatie van embryo's waarop geëxperimenteerd is.

65. Onderzoek op het embryo of de foetus *in utero* is juridisch een totaal andere aangelegenheid. Dit is immers een onderzoek uitgevoerd op een geboren persoon (de vrouw) in de juridische betekenis van het woord.

Doorgaans zal het gaan om onderzoeken die louter tot doel hebben de ontwikkeling en gezondheidstoestand van het embryo te controleren (prenatale diagnose): echografie, vruchtwaterpunctie, vlokcentest, navelstrengpunctie of foetoscopie. Uitzonderlijk, gelet op de stand van het medisch kunnen, zal de ingreep therapeutisch zijn. In beide gevallen vergt het ingrijpen de «informed consent» van de vrouw.

De grens tussen de klassieke medische behandeling en het uitzonderlijke experiment is niet altijd gemakkelijk te bepalen. Wellicht kan gesteld worden dat het vooral de therapeutische behandeling van het embryo in utero is die voorlopig nog het uitzicht van een medisch experiment zal hebben (bv. chirurgie op de foetus in de moederschoot). Nuancering is nochtans geboden, want bepaalde behandelingen (bv. de bloedtransfusie wegens rhesusincompatibiliteit) zijn het experimentele stadium reeds voorbij.

De echte experimentele ingrepen vallen onder de regels van het medisch experiment zoals o.m. beschreven in de Code van Medische Plichtenleer (artt. 89-94), de Europese Handleiding voor medische ethiek (artt. 19-22, 32-33), alsook in talrijke desbetreffende internationale teksten waaronder de Code van Nürnberg en de Verklaring van Helsinki-1964 (gewijzigd in Tokyo-1975, Venetië-1983 en Hong Kong-1989). Bijkomende regulering door de wet is niet onontbeerlijk, behoudens misschien op strafgebied: indien de ongeboren vrucht ten gevolge van de onvoorzichtigheid van de onderzoeker dood of levend maar niet levensvatbaar geboren wordt, bestaat geen strafsancie ¹⁰². Het feit kan wel onder de voorwaarden van art. 1382 B.W. tot veroordeling wegens onrechtmatige daad leiden.

De Franse wet van 20 december 1988 «relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales» laat onderzoek op een zwangere vrouw toe, indien dit therapeutisch nut heeft voor haar of haar ongeboren kind. Niet-therapeutische onderzoeken zijn alleen toegelaten als ze geen voorzienbaar risico inhouden voor de gezondheid van de vrouw of het kind en als ze nuttig zijn om fenomenen verbonden aan de zwangerschap beter te leren kennen ¹⁰³.

7. De afstamming van kinderen geboren door medisch begeleide voortplanting

66. Tot nog toe hebben we voortdurend moeten wijzen op lacunes in het recht, die al dan niet opgevuld moeten worden. Met betrekking tot de afstamming van door medisch begeleide voortplanting geboren kinderen bestaan niet zoveel lacunes. De afstammingswetgeving is best bruikbaar al

¹⁰² HENNAU-HUBLET, C., «La protection pénale du foetus en droit belge face aux expérimentations bio-médicales», *J.T.*, 1983, 341.

¹⁰³ Voor een bespreking zie AUBV, J.-M., «La loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales», *S.J.*, 1989, I, 3384.

blijft de vraag of ze het statuut van deze kinderen op gepaste wijze regelt.

67. Eerst even de geldende regels op een rij. Het kind dat door K.I.D. bij een gehuwde vrouw geboren wordt, is genetisch en juridisch het kind van de echtgenoten. Wanneer de vrouw ongehuwd is, volgt haar juridisch moederschap uit de enkele vermelding van haar naam in de geboorteakte. Haar partner kan door vrijwillige erkenning vader worden. Een procedure van vaststelling van vaderschap door de rechtbank behoort eveneens tot de mogelijkheden. Bij toepassing van het genetic-fingerprintonderzoek zal de genetische vader nog moeilijk zijn vaderschap kunnen loochenen.

In geval van K.I.D. bij een gehuwde vrouw spelen opnieuw het vaderschapsvermoeden en het feit van vermelding van de naam van de vrouw in de geboorteakte. Art. 318, § 4, B.W. verbiedt de echtgenoot het vaderschap te betwisten als hij met deze wijze van verwekking heeft ingestemd.

T.a.v. het kind van een ongehuwde vrouw is erkenning door de donor – of in feite van elke andere man – mogelijk, behoudens verzet van de moeder of het kind.

Dat de bevruchting in utero of in vitro gebeurt, doet weinig ter zake. Het moederschap blijkt telkens uit de bevalling en de vermelding van de naam van de vrouw in de geboorteakte, zelfs wanneer donoreicellen of donorembryo's werden gebruikt. De vaderschapsregel en de erkenning, eventueel de vaststelling in rechte vestigen het vaderschap.

Bij draagmoederschap worden de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot de juridische ouders. Om het kind juridisch tot het hunne te maken moeten de wensouders het adopteren.

a. Vaderschap bij K.I.D.: voldoet art. 318, § 4, B.W.?

68. De meeste staten hebben in hun burgerlijk recht een regel zoals die van art. 318, § 4, B.W.¹⁰⁴. Vaak was dit het eerste principe dat in het recht werd opgenomen, lang voordat de voortplantingstherapieën als zodanig werden geregeld. Dat deze regel zijn nut heeft, bewijst de rechtspraktijk. Meer dan eens is het gebeurd dat de echtgenoot, na eerst toegestemd te hebben in de verwekking van een kind met behulp van de nieuwe procreatietechnieken, na de geboorte toch een procedure tot betwisting van vaderschap ondernam. Hij werd daarin ook telkens gehoord door de rechter gelet op het principe dat niet bij voorbaat afstand gedaan kan worden van een vordering van staat¹⁰⁵. Het gebrek aan loyaliteit van de man was er echter niet minder om. Dat art. 318, § 4, B.W. dit heeft kunnen keren, is dan ook positief.

Art. 318, § 4, B.W. geldt echter alleen t.a.v. de echtgenoot van de vrouw, niet voor haar buitenhuwelijkse partner.

Dat ook deze laatste zich niet altijd aan de afspraken houdt, ondervond het Hof van Beroep te Toulouse. Een vrouw, moeder van drie kinderen, ging een overspelige relatie aan met een andere – onvruchtbare – man. Deze laatste stemde toe in een verwekking via K.I.D. Na de geboorte van het kind en nadat intussen de relatie met zijn vriendin spaak gelopen was, wou hij zijn vaderschap weer ongedaan

maken. Het Hof te Toulouse verhoorde zijn verzoek en liet de vernietiging van de erkenning toe. Wel veroordeelde het de man tot schadevergoeding aan het kind. De moeder, die ook schadevergoeding gevraagd had, werd afgewezen met de opmerking dat zij de assisterende arts maar moest aanspreken¹⁰⁶. Het cassatieberoep tegen deze beslissing, die door de annotator werd goedgekeurd, werd afgewezen¹⁰⁷.

69. In feite zijn deze beslissingen, noch min noch meer, pogingen om K.I.D. uit de wereld te helpen, minstens t.a.v. ongehuwde partners.

Het Hof te Toulouse stelt bijvoorbeeld dat de overeenkomst tot K.I.D. nietig is wegens schending van het beginsel van onbeschikbaarheid van de staat van personen en tevens foutief is t.a.v. het kind. Ons inziens ligt de fout nochtans niet in de donatiebeslissing maar in het terugtrekken van het gegeven woord. Ook gaat het ons wat ver de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon op te werpen ter bescherming van «iets» dat, op het ogenblik dat overeenstemming over de donatie tot stand kwam, zelfs niet verwekt is. De vriend toestaan om zijn erkenning in te trekken, sluit juist wel een beschikking over de staat van het kind in.

De annotator voert aan dat aanpassing van de wetgeving niet vereist is¹⁰⁸, omdat het niet verstandig zou zijn het kind een vader op te dringen die geen vader wil zijn. Ze vergeet hier even dat er ook zo iets als verantwoordelijkheid bestaat. De man had er, vóór hij de donatie goedkeurde, over moeten denken of hij bereid zou zijn zijn vaderschap te bestendigen over een eventuele breuk van de relatie heen. Ook gehuwde vaders die van hun echtgenote vervreemden, kunnen zich ten slotte niet van hun vaderschap over hun langs natuurlijke weg geboren kinderen afmaken, als zij dat zouden wensen. En ook deze kinderen hebben bij zo'n vader wellicht geen belang.

In feite zou men in België moeten overwegen het principe van art. 318, § 4, B.W. uit te breiden tot de ongehuwde partner: toestemmen in K.I.D. zou erkenning moeten inhouden zonder mogelijkheid van herroeping¹⁰⁹.

Ook een algemene verwijzing van de moeder naar de arts kan moeilijk geaccepteerd worden. De arts kan onmogelijk het later gedrag van de partner voorspellen en daar schuld aan hebben. Uiteindelijk leidt zulks ertoe dat artsen geen K.I.D. meer zullen durven toepassen. De waardevolle belangen van andere gewetensvolle ouders zullen zo mee in het gedrang komen.

In de besproken zaak kwam de beslissing van het hof het kind wel goed uit, omdat de echtgenoot van de vrouw, die zich opnieuw met haar verzoend had, bereid was het kind als het zijne te erkennen.

In casu was de arts die de inseminatie had uitgevoerd onvoldoende zorgvuldig geweest door in te gaan op het verzoek van een overspelige vrouw en haar minnaar.

¹⁰⁶ Toulouse, 21 september 1987, *D.*, 1988, 184, noot HUET-WEILLER, D.; zie ook RUBELLIN-DEVICHI, J., «Jurisprudence française en matière de droit civil», *R.T.D.C.*, 1987, 725 e.v.

¹⁰⁷ Cass.fr., 10 juli 1990, *D.*, 1990, Jur., 517, noot HUET-WEILLER, D.

¹⁰⁸ In Frankrijk bestaat noch t.a.v. de echtgenoot noch t.a.v. de buitenhuwelijkse partner een met art. 318, § 4, B.W. overeenstemmende rechtsregel.

¹⁰⁹ Cf. sec. 28 (3) Human Fertilisation and Embryology Act (1990) – Verenigd Koninkrijk.

¹⁰⁴ Zie de wetgeving verzameld door STEPAN, J., o.c.

¹⁰⁵ Trib. Gr. Inst. Nice, 30 juni 1976, *D.*, 1977, Jur., 45, noot HUET-WEILLER, D.; Trib.Gr.Inst.Parijs, 19 februari 1985, *D.*, 1986, Jur., 223, noot PAILLET, E.

70. Recent werd, gebruik makend van art. 318, § 4 B.W., nog een andere weg bewandeld om K.I.D. definitief te bannen.

Steunend op de bewering dat ieder kind zijn genetische vader en moeder tot ouders moet hebben – die intussen niet steekhoudend werd bevonden, zoals boven aangetoond – stelt X. Dijon dat het donorkind theoretisch, *de lege ferenda*, toegelaten moet worden zijn afstamming aan vaderszijde vast te stellen t.a.v. de donor, desnoods boven op het vaderschap van de echtgenoot van zijn moeder: twee vaders dus. Hij verbindt aan deze opvatting de gevolgtrekking dat K.I.D. verworpen moet worden ¹¹⁰.

Zo ziet men maar tot welke consequenties men komt door het genetisch ouderschap absoluut rechtswaarde te willen verlenen zelfs tegen het sociaal en intentioneel ouderschap in. Aan voorstellen als dat van X. Dijon kan redelijkerwijze maar gevolg gegeven worden door – de Duitse toer opgaand – het kind een vordering tot voorlichting over zijn genetische ouders toe te staan zonder dat tevens zijn juridische afstammingsstatus wordt gewijzigd. Of zoiets haalbaar is zonder meteen voor de betrokkenen een reeks psycho-sociale problemen te scheppen, is niet zeker. Daarom pleiten we voor het behoud van de anonimiteit van de donor en voor de overvleugeling van zijn vaderschap door dat van de sociale, intentionele vader.

b. Draagmoederschap: aan wie moet het ouderschap toekomen?

71. Het Belgisch positief recht kent geen eigen regeling voor draagmoederschap. Toepassing van de gewone afstammingsregels leidt naar moederschap voor de draagmoeder, die van het kind bevalt ¹¹¹. Haar echtgenoot is vader.

De wensouders, die eventueel hun gameten ter beschikking gesteld hebben om het kind te verwekken en de draagmoeder verzocht hebben het te «dragen», genieten nooit het juridisch ouderschap tenzij ze het kind langs legale weg adopteren ¹¹². De toestemming tot adoptie kan op zijn vroegste twee maanden na de geboorte gegeven worden (art. 348, § 1 in fine, B.W.). Of de wettige redenen vereist voor adoptie aanwezig zijn, kan verschillend beoordeeld worden. Ofwel oordeelt de rechter dat ze voorhanden zijn, ofwel niet, ofwel doorgrondt hij de werkelijke aanleiding van de geboorte niet, ofwel sluit hij er de ogen voor ¹¹³. Er heerst dus grote rechtsonzekerheid. Het risico voor de wensouders dat ze het juridisch ouderschap niet kunnen overnemen, is reëel. Dit moet betreurd worden, aangezien de kinderwens van deze mensen even eerbaar en oprecht kan zijn als bij infertiele gegadigden, die minder verstrekende hulp van

derden nodig hebben en als bij fertielen. Het brengt er de wensouders vaak toe hulp te zoeken in het buitenland ¹¹⁴.

72. Bij draagmoederschap kan er veel mislopen als partijen zich niet aan de afspraken houden. Daarom wekt het, begrijpelijk, weerstand. Dit mag nochtans geen reden zijn om *de lege ferenda* draagmoederschap te bannen, met uitzondering van de commerciële exploitatie ervan. Zonder draagmoederschap te propageren – grootschalige toepassing valt denkkelijk niet te verwachten –, moet de wetgever een basis voor toepassing vestigen, die de belangen van de participanten en het kind beveiligd.

Tippend aan voorbeelden elders in de wereld ¹¹⁵, lijken de meeste waarborgen gelegen te zijn in een regeling die de totstandkoming en inhoud van de draagmoederovereenkomst, vóór de conceptie, onderwerpt aan de goedkeuring van de rechtbank (of een andere overheidsinstantie), die toezicht houdt op de uitoefening door partijen van hun wederzijdse rechten en plichten tijdens de zwangerschap en het juridisch ouderschap over het kind reeds vanaf de verwekking toewijst aan de wensouders. De overeenkomst dient bindend te zijn vanaf de conceptie, zonder mogelijkheid van herroeping. Deze zakelijke benadering, die streng overkomt, omdat ze de draagmoeder weinig meer keuzen en bevoegdheden laat dan haar biologische rol te vervullen, is de enige waarmee onderlinge betwistingen uitgesloten kunnen worden. We bevelen haar ook aan voor intra-familiaal draagmoederschap.

Als daardoor bereikt wordt dat alleen nog «ernstige» draagmoeders zich aanbieden, is het belang van het kind daar des te meer bij gebaat.

73. Voor de uitvoering van dit voorstel is een kleine revolutie in ons afstammingsrecht vereist. In het belang van het kind willen we daar nochtans voor pleiten.

Men is geneigd voortplanting en afstamming te associëren, omdat zo lang zoveel gewicht gegeven werd aan de lichamelijke factor in het afstammingsrecht. Dit is verkeerd. Voortplanting is een zaak van biologie, afstamming, en van cultuur ¹¹⁶. De voorrang voor de lichamelijke factor bij de afstammingsregeling was niet onverantwoord zolang voortplanting steunde op seksuele gemeenschap van een man en een vrouw gebonden door het huwelijk. Het lichamelijke werd later sociaal gecorrigeerd, maar tot vandaag steunt het afstammingsrecht in essentie op de zgn. biologische waarheid.

Mede onder invloed van de nieuwe voortplantingstechnieken, die het wilselement bij de voortplanting op de voorgrond hebben geplaatst, is men nu veeleer geneigd het ouderschap op te delen in vijf bestanddelen: een genetisch t.a.v. degenen die het genetisch materiaal hebben verschaft; een biologisch t.a.v. de vrouw die de zwangerschap heeft doorgemaakt en bevallen is; een intentioneel t.a.v. degenen

¹¹⁰ DIJON, X., «La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur», *T.B.B.R.*, 1990, 95 e.v.

¹¹¹ Desgewenst kan de draagmoeder anoniem bevallen in het buitenland (bv. art. 57 C.civ. français). Het «mater semper certa est»-beginsel wordt daardoor niet geschonden (Cass., 29 januari 1993, *F.Rechtspr.*, 1993, afl. 3, 11).

¹¹² Als de draagmoeder ongehuwd is, kan de wensvader eventueel eerst het kind erkennen, waarna de wensmoeder adopteert.

¹¹³ Trib. Gr. Inst. Aix-en-Provence, 5 december 1984, *S.J.*, 1986, II, 20561, tweede zaak, noot BOULANGER, F.; Pau, 19 februari 1991, *D.*, 1991, Jur., 380, noot LARRIBAU-TERNEYRE, J.

¹¹⁴ Wat ook niet altijd probleemloos gebeurt. Voor een goed afgelopen casus zie Parijs, 15 juni 1990, *D.*, 1990, Jur., 540, noot BOULANGER, F., waarna het Franse Hof van Cassatie het draagmoederschap (in een nationale casus) verdoemde: Cass.fr. (Ass. plén.), 31 mei 1991, *D.*, 1991, Jur., 417, noot THOUVENIN, D., en *J.T.*, 1991, 767, noot DIJON, X. en MASSON, J.-P.

¹¹⁵ Sec. 30 Human Fertility and Embryology Act (Verenigd Koninkrijk); zie ook de wetgeving in Arkansas, Virginia en New Hampshire en de Uniform Status of Children of Assisted Conception Act (U.S.A.), besproken door GOODWIN, A., *l.c.*, 277 e.v.

¹¹⁶ HEYVAERT, A., *l.c.*, 227.

die het kind gewild hebben; een affectief in relatie tot het kind en een sociaal in relatie tot de buitenwereld. De vereniging van de vijf componenten is theoretisch het ideaal: het kind willen dat men krijgt, ervan houden en ervoor zorgen is ouderschap in de perfect zin. Dit behoort evenwel niet altijd tot de mogelijkheden en het belang van het kind vergt dit ook niet noodzakelijk.

Men zou *de lege ferenda* een meervoudig ouderschap t.a.v. het kind kunnen overwegen. Ten slotte kan dit kind vijf «ouders» hebben: twee «vaders» (de genetische en de intentionele) en drie «moeders» (de genetische, de biologische en de intentionele). Dat het kind sociaal contact onderhoudt met al degenen die tot zijn verwekking hebben bijgedragen, kan positief zijn voor zijn ontwikkeling, maar hoeft juridisch niet vertaald te worden. Er moet een keuze gemaakt worden en wel – in het belang van de rechtszekerheid – door de wetgever.

74. Het kind is het best gediend met een combinatie van intentioneel en socio-affectief ouderschap. De warmte van het nest is belangrijker dan de kilte van de bloedband ¹¹⁷. Op het ogenblik dat het ouderschap bij draagmoederschap toebedeeld zou moeten worden, nl. bij de verwekking, heeft de socio-affectieve factor natuurlijk nog geen kans gekregen. De afstammingswil dient dan bepalend te zijn. De man en de vrouw die vrijwillig en zorgvuldig alle componenten voor de voortplanting bijeengebracht hebben om een kind te verwekken dat zij als het hunne willen opvoeden, dienen als juridische ouders gekozen te worden. Anders gezegd: het ouderschap komt toe aan diegenen die de eerste oorzaak zijn geweest van de verwekking van het kind ¹¹⁸. Dat zij hun wil misschien niet zullen blijven handhaven, kan niet ter zake doen nu de initiële wilsuiking voor hen evenzeer bindend is als voor de draagmoeder.

We wensen hier wel te benadrukken dat dit standpunt exclusief verdedigd wordt in het licht van een uit te werken regulering rond draagmoederschap. Het is geenszins de bedoeling er de gevolgtrekking aan te verbinden dat voortaan onverschillig wie die socio-affectieve banden met een kind ontwikkelt en van een ouderschapsverlangen doet blijken, zonder wettelijke ondersteuning ouderschap kan opeisen.

Het argument dat soms aangevoerd wordt om het ouderschap bij voorrang toe te bedelen aan de draagmoeder, nl. dat zij ongewild en automatisch een band met het kind ontwikkelt door de zwangerschap en de bevalling, is niet beslissend als men weet dat deze band al snel na de geboorte verwaagt.

Ook het argument dat het kind psychisch schade ondervindt door de wetenschap «verworpen» te zijn door de draagmoeder, kan niet overtuigen als daar de liefdevolle opvang tegenover staat van anderen die bereid zijn de ouderrol te vervullen.

Zowel het belang van het kind als de bindende kracht van de overeenkomst pleiten voor juridisch ouderschap voor de

man en/of de vrouw die de eerste oorzaak zijn/is geweest van de verwekking.

c. Ouderschap van gelijkslachtige partners: kunnen de «meemoeder» en «meevader» ouder zijn?

75. In de omgangstaal hebben de begrippen «meemoeder» en «meevader» hun intrede gedaan. De meemoeder is de homoseksuele partner van de vrouw die door medisch begeleide voortplanting een kind gekregen heeft. De meevader is de homoseksuele partner van de man, die vader is geworden van het kind dat voor hem bij een draagmoeder is verwekt ¹¹⁹.

Naar geldend recht ¹²⁰ kan een kind slechts twee ouders van verschillend geslacht hebben. De gelijkslachtige partner van de ouder kan dus zijn ouderschap niet juridisch vestigen (vgl. art. 329 B.W.). In bepaalde kringen wordt dit als een onvolkomenheid van het recht aangevoeld en gaan stemmen op die om bijwerking vragen ¹²¹.

76. Dit debat, dat nog heel nieuw is, vindt steun in enkele buitenlandse initiatieven – we hebben weet van Deense en Noorse wetgeving ¹²² – waar homoseksuele partners sinds kort de mogelijkheid hebben om hun partnerschap te laten registreren. Als de samenleving van twee partners van hetzelfde geslacht juridisch eenmaal erkend wordt en rechtsgevolgen verwerft, rijst immers al snel de vraag naar erkenning van ouderlijke aanspraken van meemoeders en -vaders. Voorlopig is nog geen doorbraak gerealiseerd, maar de weg wordt allengs geëffend. Een lesbische vrouw kreeg onlangs van het Hof te Leeuwarden geen toelating het kind van haar partner te erkennen. Echter, na zes jaar medeverzorging en -opvoeding van het bewuste kind was volgens het hof wel «family-life» (art. 8 EVRM) tot stand gekomen, waaraan een omgangsrecht ontleend kon worden ¹²³. Erkenning in zijn huidige vorm lijkt, ook in België, niet het geschikte instrument om in de gegeven hypothese juridische vorm te geven aan de relatie met het kind. Erkenning hoeft weliswaar niet aan de biologische waarheid te voldoen, maar ze impliceert wel dat de erkenner de moeder of vader van het kind kan zijn ¹²⁴. Als al een moeder of vader voorhanden is, is dat uitgesloten.

In Nederland bracht het kabinet, naar aanleiding van het advies van de Commissie Kortmann inzake leefvormen, op 30 maart 1993 een standpunt naar voren waarin de minister van Justitie toezegde een wet voor te bereiden die een vorm

¹¹⁹ Na erkenning of adoptie als het vaderschap niet reeds gevestigd is in de persoon van de echtgenoot van de draagmoeder.

¹²⁰ Ook in het licht van de – Nederlandse – toepassing van art. 8 E.V.R.M.: VAN VLIET, F., *l.c.*, 113, en de verwijzingen.

¹²¹ VAN VLIET, F., *l.c.*, 97 e.v.; HENDRIKS, A. en MARKENSTEIN, L., *l.c.*, 206 e.v.; MOONS, H., «Erkenning: wordt het geen tijd de waarheid onder ogen te zien?», *Ars Aequi*, 1993, 763 e.v.

¹²² Denemarken: wet van 7 juni 1989, besproken door BOELE-WOELKI, K. en TANGE, P., «De Deense wet inzake het geregistreerd partnerschap. Een voorbeeld voor Nederland?», *N.J.B.*, 1989, 1537; Noorwegen: wet van 30 april 1993.

¹²³ Leeuwarden, 22 januari 1992, *N.J.*, 1993, 21, bevestiging van Rb. Leeuwarden, 5 juli 1991, *Actualiteitenkatern Nemesis*, 1992, nr. 3, 10.

¹²⁴ MOONS, H., *l.c.*, 765.

¹¹⁷ THOMASSEN, W., «Familierecht en de onderdrukking van vrouwen in verband met het wetsontwerp omgangsrecht», *Recht en Kritiek*, 1982, 138-139.

¹¹⁸ De «prime movers» noemt J.L. HILL ze («What does it mean to be a 'parent'? The claims of biology as the basis for parental rights», *New York University Law Review*, 1991, 419.

van medegezag zou invoeren voor de partner van een ouder die het alleengezag over een kind heeft.

In de Nederlandse rechtsleer wordt inderdaad verdedigd dat sociale verhoudingen niet in het afstammingsrecht, maar in het gezagsrecht tot uitdrukking behoren te komen ¹²⁵.

77. Het is nog vroeg om stelling te nemen in deze aanleggenheid, maar we zijn deze ontwikkeling niet ongunstig gezind. Zoals voor het ouderschap jegens draagmoederkinderen kan ook hier op de intentie en de socio-affectieve binding van de partner gesteund worden om voor hem rechten en plichten te vestigen t.a.v. het kind. Of zulks gerealiseerd kan worden onder de kwalificatie «ouderlijk gezag» dan wel onder een alternatieve gezagsvorm is een vraag die nader onderzoek vergt.

Ook dit standpunt zal voorlopig wel niet door iedereen gedeeld worden, maar het is nu eenmaal een sociale realiteit dat het «gezin» pluriform ingevuld wordt en het recht kan daar maar beter rekening mee houden wil het niet vervreemden.

*d. Vaderschap t.a.v. het embryo in vitro:
kan het al erkend worden?*

78. Erkenning kan geschieden vanaf de verwekking (art. 328, tweede lid, B.W.), maar hoe moet dit begrip begrepen worden bij in vitro fertilisatie?

Art. 328, tweede lid, B.W. doelt impliciet op de hypothese van de zwangere ongetrouwde vrouw van wie het embryo of de foetus erkend wordt door een man. De band tussen het kind en degene die zijn moeder zal worden, is hier duidelijk vaststelbaar aanwezig. In de rechtsleer wordt, bij uitbreiding tot het embryo in vitro, gesteld dat het kind pas verwekt is op het ogenblik van de implantatie bij de vrouw die zijn moeder wordt, omdat dan pas de band tussen vrouw en kind vaststaat. Verwekking betekent dus niet bevruchting maar implantatie ¹²⁶.

79. Een embryo in vitro kan nochtans reeds een band hebben met een vrouw. Dat zou bv. het geval zijn t.a.v. de alleenstaande vrouw die voor eigen procreatie een embryo laat bewaren en daarop een eigendomsrecht bezit, en zelfs t.a.v. de vrouw die een vreemd embryo gedoneerd heeft gekregen zodra haar recht op dat welbewust embryo gevestigd is. Theoretisch zou erkenning van deze embryo's in vitro tot de mogelijkheden kunnen behoren. Praktisch zullen er nochtans problemen opduiken, omdat de aanwezige band geheel onder het beroepsgeheim van de arts verscholen gaat en niet zonder meer te achterhalen is voor degene die de erkenning zal ontvangen.

Opgeworpen zou kunnen worden dat de band tussen de vrouw en haar embryo niet definitief is, omdat ze nog kan beslissen het embryo af te staan. Na implantatie is de band tussen vrouw en kind echter ook niet zo onveranderlijk als gedacht kan worden. Door «flushing» of «lavage» kan een embryo immers weggespoeld worden uit de baarmoeder van een zwangere vrouw. Als de medische techniek iets verder gevorderd zal zijn, wordt het wellicht mogelijk een embryo van de ene naar de andere baarmoeder over te hevelen zonder dat het embryo daar het leven bij inschiet.

Bezinning over de juiste draagwijdte van art. 328, tweede lid, B.W. is dan zeker geboden.

**B. ENKELE BELANGRIJKE RECHTSVRAGEN
I.V.M. GENETICA**

80. De nieuwe voortplantingstherapieën hebben de procreatie kwantitatief beïnvloed door meer mensen uitzicht te geven op nageslacht. De genetica zorgt voor kwalitatieve beïnvloeding door bij te dragen tot de geboorte van gezondere kinderen.

De genetica beslaat twee grote domeinen: erfelijkheidsadviesing en gentherapie. Het laatste is nog vrijwel braakliggend terrein. Toch gaan we er hierna even op in.

**1. Heeft het individu recht op een ongewijzigd
genetisch erfgoed?**

81. Gentherapie, bv. door de recombinant-D.N.A.-techniek of door celfusie, poogt de ontwikkeling van erfelijke ziekten uit te schakelen door wijzigingen aan te brengen in de genetische samenstelling van een cel ¹²⁷. Voorlopig kan alleen ingewerkt worden op monofactoriële afwijkingen (één gen is oorzaak van het defect). Multifactoriële kenmerken van de mens, die niet alleen door de genen bepaald worden, maar ook door opvoedingsfactoren, milieuomstandigheden e.d., zijn nog te complex.

82. Gentherapie op het niveau van de lichaamscellen (somatische gentherapie) heeft alleen gevolgen voor de patiënt in kwestie. Zij valt dus niet onder de vraagstelling boven dit nummer. Laten we alleen stellen dat zij therapeutisch verantwoord en dus juridisch toelaatbaar is, aangezien een gebrek bestaat dat genezen dient te worden. De patiënt moet vrij en voorgelicht met de behandeling instemmen ¹²⁸.

Gentherapie op het niveau van de geslachtscellen en de embryonale cellen valt wel onder de vraagstelling. Als de genetische kenmerken van deze cellen veranderd wordt, zal de wijziging immers doorgegeven worden aan de afstammelingen. Hebben zij het recht om dit niet te moeten ondergaan? Het antwoord hoort negatief te zijn. Als het om geslachtscellen gaat, gebeurt de handeling op een ogenblik waarop «het slachtoffer» nog niet verwekt is. De «infans conceptus»-regel kan derhalve op deze «onrechtmatige daad» niet toegepast worden. Met betrekking tot embryonale cellen zou dat wel kunnen, maar hier rijst de vraag waarin de fout en de schade dan wel bestaan. Het kind heeft immers baat bij de behandeling.

Eigenlijk moet de vraagstelling omgedraaid worden: een ieder heeft recht op een genetisch patrimonium dat tot de best mogelijke kwaliteit wordt opgedreven. Het individu heeft immers recht op de beste medische verzorging. De arts die zijn patiënt nadeel berokkent door hem een nieuwe, maar beproefde behandeling te onthouden, kan aansprake-

¹²⁵ MOONS, H., *l.c.*, 771.

¹²⁶ HEYVAERT, A., *l.c.*, 233-234.

¹²⁷ Zie hierover HERMANS, A. en BOOTSMA, D., «Gentherapie: van fictie tot werkelijkheid?», *Ned. Tijdschr. Geneesk.*, 1987, 1608 e.v.

¹²⁸ Cf. de Aanbeveling van het Europees Parlement van 16 maart 1989 over de ethische en juridische problemen van genetische manipulatie, nrs. 22-27.

lijk worden gesteld ¹²⁹. Dit geldt ook voor genetische behandelingen ¹³⁰. Toch ziet het Europees Parlement het anders ¹³¹.

Wat in ieder geval wel moet gebeuren is zorgvuldigheidsnormen aanleggen, die door de genetici bij deze therapieën nageleefd moeten worden ¹³². Behoudens het aanstippen van grote lijnen is dit echter geen taak voor de wetgever ¹³³.

83. Naast de behandeling van erfelijke factoren wordt ook gedacht aan het verbeteren van erfelijke eigenschappen bij de mens. Tegenstanders beweren dat dit geen therapie maar eugenetica is. Boven is bij medisch begeleide voortplanting echter gebleken dat het therapiebegrip een brede invulling heeft gekregen. Misschien zal hier dezelfde ontwikkeling optreden. De betrokken praktijk is echter nog verre toekomstmuziek. Er nader op ingaan zou ons buiten de opzet van deze studie voeren, die enkel een reflexie wil zijn op wat nu reeds kan op medisch gebied.

2. Hebben ouders het recht het geslacht van hun baby te kiezen?

84. Het verlangen van ouders om een kind van het gewenste geslacht te krijgen is universeel en van alle tijden. Sinds kort kan door prenatale diagnose op het embryo in vitro het toekomstig geslacht bepaald worden. Als meerdere embryo's voorhanden zijn, kan het embryo van het gewenste geslacht voor implantatie uitgekozen worden. Geslachtsbepaling kan ook gerealiseerd worden, op minder betrouwbare manier, door filtrage van het sperma.

Hoewel heel wat ethische bezwaren aangevoerd worden ¹³⁴, blijken de genetici steeds vaker bereid om op een verzoek tot geslachtskeuze in te gaan ¹³⁵.

Aanbeveling 1100 van de Raad van Europa laat geslachtsbepaling alleen toe als daardoor de overdracht van erfelijke geslachtsgebonden ziekten (bv. hemofilie) vermeden kan worden ¹³⁶.

Klassiek is nochtans ook het verzoek van de ouders die reeds meerdere kinderen van hetzelfde geslacht hebben en nog een kind van het andere geslacht wensen.

¹²⁹ Vgl. VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen/Brussel, Maklu/Ced Samson, 1992, nrs. 161 e.v.

¹³⁰ Vgl. LEENEN, H., «Genetische experimenten en de toepassing van de resultaten», *Ned. Tijdschr. Geneesk.*, 1987, 350-351; ROSCAM ABBING, H., «Genetische manipulatie», in *Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid*, GEVERS, J. en LEENEN, H. (red.), Deventer, Kluwer, 1986, 85-88.

¹³¹ Geciteerde Aanbeveling, nr. 27: «insiste pour une interdiction catégorique de toute tentative visant à recombiner arbitrairement le programme génétique de l'homme».

¹³² Aanbeveling 1100, Raad van Europa, geciteerd, nrs. 17-20.

¹³³ Vgl. CARMÍ, A., «Genetic engineering», in *Jus Medicum*, 6e Wereldcongres Medisch Recht, DIERKENS, R. (red.), Gent, 1984, 26.

¹³⁴ Zie de verwijzing naar het Amerikaanse onderzoek over sekseselectie door M.A. WARREN, bij WERTZ, D., en FLETCHER, J., «Fatal knowledge? Prenatal diagnosis and sex selection», *Hastings Center Report*, 1989, 22-23.

¹³⁵ Althans in de Verenigde Staten: WERTZ, D. en FLETCHER, J., *l.c.*, 21. Het Centrum voor Genetica van de V.U.B. geeft geen gevolg aan die verzoeken als er geen medische indicatie aanwezig is.

¹³⁶ Geciteerd, nr. 18.

85. Interessant in dit opzicht, mede omdat ze de eerste rechterlijke toepassing betrof van de Spaanse wet van 22 november 1988 inzake medisch begeleide voortplanting, was de zaak, in 1990, van de Spaanse vrouw, moeder van vijf zonen, die zeer graag nog een dochter wou en daartoe het sperma van haar man liet filteren om daarna kunstmatige inseminatie toe te passen. De rechter aan wie de zaak in eerste aanleg werd voorgelegd, velde een gunstig vonnis. Het openbaar ministerie tekende hoger beroep aan, waarna het Hof te Barcelona het bestreden vonnis wijzigde ¹³⁷. Een punt van discussie was of de vrouw wel voldeed aan de toepassingsvoorwaarden van de wet, met name of er een klinische indicatie was. De commentator van de uitspraken voert voor zijn bevestigend antwoord niet alleen de desastreuze psychische toestand van de vrouw aan, een gevolg van haar intense meisjeswens, maar ook het feit van haar «steriliteit»: niet in staat zijn een kind van een bepaald geslacht te verwekken houdt een rechtmatige aanspraak in op de behandeling die dit «defect» kan wegwerken. Voorwaar een interessante visie ¹³⁸! Opmerkelijk is ook de ruime interpretatie die gegeven wordt van het toepasselijk artikel 20, 2, B, n) van de Spaanse wet, dat geslachtskeuze of genetische manipulatie voor niet-therapeutische of ongeoorloofde therapeutische doeleinden als een zeer zwaar misdrijf kwalificeert: alleen indien de techniek voor geslachtsselectie werkelijk genetische manipulatie inhoudt, valt ze onder de verboden handelingen. Bovendien wijst de commentator erop dat artikel 20 gerelateerd moet worden aan de sociale realiteit van het ogenblik (cf. artikel 3 Spaans B.W.), en deze realiteit neigt in Spanje naar gebruik van de selectietechnieken of is minstens van die aard dat strenge bestraffing ervan niet gewenst wordt ¹³⁹.

86. In bepaalde concrete omstandigheden kan het verzoek tot geslachtskeuze wellicht rechtsgeldig verantwoord worden op grond van een ruim geïnterpreteerde therapeutische indicatie. We zijn dan ook geen principieel tegenstander. Zelfs een verzoek waarbij deze medische grondslag niet voorhanden is, zou *de lege ferenda* waarschijnlijk niet zonder meer verboden kunnen worden. Zoals boven gesteld, bezitten ouders geen recht op een kind en dus ook geen recht op een kind van het gewenste geslacht. Zij mogen evenwel hun procreatieve beslissingen in vrijheid nemen en restricties dienen overeenkomstig artikel 8, lid 2, E.V.R.M. niet alleen bij de wet geregeld te worden, maar ook door bepaalde zwaarwegende belangen ingegeven te zijn. Of deze hier gevonden kunnen worden, is lang niet zeker. Het veel aangehaalde bezwaar dat geslachtskeuzebevoegdheid een geslachtelijk gebrek aan evenwicht in de maatschappij veroorzaakt, gaat wellicht niet op in landen waar de onderscheiden geslachten op niet al te verschillende wijze behandeld worden. Een eenzijdige geslachtskeuze vindt meestal haar oorzaak in fundamentele rechtsongelijkheid tussen de geslachten. Typisch zijn de Indische en Chinese situaties. Jongens zijn er zeer gewenst, omdat ouders op oudere leeftijd op hen

¹³⁷ Voor een uitvoerige bespreking, zie VIDAL-MARTINEZ, J., «Choix de sexe: commentaire d'une décision judiciaire appliquant la loi espagnole sur les techniques de reproduction assistée», *Journ. Int. Bioéth.*, 1992, 5 e.v.

¹³⁸ VIDAL-MARTINEZ, J., *l.c.*, 7.

¹³⁹ VIDAL-MARTINEZ, J., *l.c.*, 8.

kunnen rekenen voor steun en onderhoud; meisjes zijn ongewenst, omdat bij hun huwelijk een grote bruidsschat samengebracht moet worden. Meisjesmoord neemt er dan ook grote proporties aan. Door in deze sociale omstandigheden geslachtskeuze te verbieden¹⁴⁰, wentelt de staat de eigen schuld voor een falend juridisch en sociaal beleid af op de bevolking.

In veel mindere mate geldt dit argument ook voor België: in plaats van *de lege ferenda* een verbod van geslachtskeuze te overwegen, zou de wetgever beter pogen de geslachtsgebonden discriminaties op te heffen.

3. Neemt genetische informatie een bijzondere plaats in in het geheel van de medische gegevens?

87. Genetische informatie is medische informatie van een speciale soort¹⁴¹.

Genetische informatie heeft een uitgesproken voorspellend karakter. Uit de vaststelling dat een ziekmakend gen aanwezig is, kan met zekerheid geconcludeerd worden dat de ziekte waarvoor het gen codeert, vroeg of laat in het fenotype tot uiting zal komen. Dit voorspellend karakter kan soms ook teruggevonden worden bij niet-genetische medische gegevens: gegevens waaruit de hartzwakte van een patiënt en een doorgemaakt hartinfarct blijken, induceren enig vermoeden van toekomstige hartproblemen. De voorspellingswaarde van genetische gegevens is echter groter en betrouwbaarder.

Het voorspellend karakter van genetische informatie maakt ze tot zeer gevoelige en dus uiterst privacygebonden informatie. De wetenschap drager te zijn van een erfelijke belasting en er zelf ziek door te zullen worden of zijn nakomelingen ziek te maken, kan psychisch zeer belastend zijn en een dringende behoefte aan privacybescherming opwekken, ook tegenover de naaste familie¹⁴².

Genetische informatie heeft, meer dan medische informatie, een tweeledige verschijningsvorm. Ze kan het uitzicht hebben van een dossiergegeven, zoals de meeste medische gegevens, en – zelfs gecodeerd – niet al te moeilijk toegankelijk zijn. Maar ze kan soms nog besloten liggen in een staal lichaamsmateriaal (bloed, haar, weefsel...), waaruit ze alleen met behulp van technische instrumenten gestuurd door de kennis van een geneticus bevrijd kan worden. De aanleg van DNA-banken is thans een feit. Bij de voorbereiding van wetgeving ter bescherming van persoonsgegevens opgeslagen in databanken is daar tot nog toe onvoldoende aandacht aan besteed (zoals trouwens ook aan het lichaamsmateriaal bewaard in sperma- en embryobanken).

Wegens de privé-gevoelige lading van het lichaamsmateriaal wordt wel eens beweerd dat de opvatting volgens welke afgescheiden lichaamsdelen een zakelijk statuut hebben, on-

der druk komt te staan¹⁴³. Dit is niet correct. Het juridisch statuut van de informatiedrager is niet afhankelijk van de aard van de lading die hij draagt.

Genetische gegevens zijn duurzaam en bijna onveranderlijk. Zoals medische gegevens, maar in ruimere mate, zijn ze een bron van latente bijkomende informatie over het individu, die ze pas vrijgeven indien behandeld met nieuwere, invasievere onderzoekstechnieken. Dat is in het bijzonder het geval als lichaamsoverschotten zijn bewaard gebleven.

Erfelijke informatie is geen individueel, maar een familiegegeven. Ieder individu is een schakel in opeenvolgende generaties waarvan het genetisch erfgoed meegekregen heeft en waaraan het het doorgeeft.

Daarom vereist een genetisch onderzoek dikwijls dat erfelijke informatie bij meerdere familieleden verzameld wordt en gecorreleerd wordt.

4. Biedt de actuele rechtsregeling inzake privacy, medische hulpverlening en beroepsgeheim een geschikt kader voor de praktijk van de erfelijkheidsadviesing?

88. Een algemene regel van gezondheidsrecht eist dat de arts zijn patiënt voldoende informeert over zijn gezondheidstoestand, de prognose van een gebrek of ziekte, de mogelijke remedie en de risico's en uitkomsten van een behandeling, opdat de patiënt met kennis van zaken kan toestemmen in het feit en de aard van de behandeling¹⁴⁴. Niet-naleving van deze informatieplicht is een contractuele wanprestatie. De arts kan een «culpa in contrahendo» worden verweten¹⁴⁵. Deze plicht tot voorlichting van de patiënt geldt ook ten aanzien van de resultaten van het genetisch onderzoek¹⁴⁶. De erfelijkheidsadviseur dient de patiënt de informatie te verschaffen die hij nodig heeft om een verantwoorde beslissing te kunnen nemen zonder zijn besluitvorming naar een bepaalde richting te oriënteren¹⁴⁷.

Wegens de geladen inhoud van de genetische boodschap mag van de arts verwacht worden dat hij ze met meer dan gebruikelijke omzichtigheid meedeelt. De therapeutische exceptie die een afwijking toestaat op de voorlichtingsplicht van de arts met betrekking tot informatie die de gemoedstoestand en uiteindelijk de gezondheid van de patiënt al te zeer zou verstoren¹⁴⁸, speelt hier een belangrijke rol. De geneticus mag zich echter geenszins een bevoogdende houding aanmeten. Gelet op het ontbreken van afdoende therapieën wordt in deze materie steeds meer vooropgezet dat de patiënt het recht heeft om een fatale diagnose niet te hoeven

¹⁴⁰ Zoals in 1988 gebeurde in de staat Maharashtra (India), aldus WERTZ, D. en FLETCHER, J., *l.c.*, 25.

¹⁴¹ SUTORIUS, E., «Manipuleren met leven, deel II», in *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 154-155.

¹⁴² KENEN, R. en SCHMIDT, R., «Stigmatization of carrier status: social implications of heterozygote genetic screening programs», in *American Journal of Public Health*, 1978, 1116.

¹⁴³ NYS, H., «Rechtsontwikkelingen inzake de bescherming van de privacy bij medisch-wetenschappelijk onderzoek», *Postuniversitaire lessencyclus W. Delva 1993-94*, ter perse, nr. 14.

¹⁴⁴ NYS, H., *Geneeskunde...*, o.c., nr. 300; VAN QUICKENBORNE, M., «De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie», *Juridische aspecten van de geneeskunde*, HEYVAERT, A., KRUTHOF, R. en VANSWEEVELT, T. (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1989, 229.

¹⁴⁵ VAN QUICKENBORNE, M., o.c., 231.

¹⁴⁶ GEVERS, J., «Erfelijkheidsonderzoek», in *Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid*, o.c., 52; DEKKERS, F., «Juridische aspecten van erfelijkheidsvoorlichting», *Huisarts en wetenschap*, 1981, 18.

¹⁴⁷ CHRISTIAENS, M., «Erfelijkheidsvoorlichting en ethiek. Medische voorlichting en (mis)vorming», *Medisch Contact*, 1988, 846.

¹⁴⁸ NYS, H., *Geneeskunde...*, o.c., nr. 308.

vernemen. Het recht op informatie vindt aldus een corollarium in «het recht om niet te weten»¹⁴⁹, dat zijn grondslag heeft in het zelfbeschikkingsrecht van de persoon¹⁵⁰. Het recht om niet te weten wordt stilzwijgend bevestigd in punt 12 van de Resolutie van het Europees Parlement van 16 maart 1989 over de ethische en juridische problemen van genetische manipulatie.

Het spreekt echter voor zich dat zekerheid moet bestaan over de wensen van de informatievragers. Die is er maar als geneticus en patiënt vooraf overleg gepleegd hebben over de wijze waarop het onderzoeksresultaat ter kennis gebracht dient te worden. De ervaring van de geneticus moet hem in staat stellen de patiënt ook te polsen over de mededeelbaarheid van informatie, die subsidiair, zonder dat ernaar gevraagd was of gezocht werd, te voorschijn komt bij het onderzoek.

Rekening houdend met de aansprakelijkheid van de geneticus voor niet adequate voorlichting¹⁵¹, kan het raadzaam zijn zowel van de wensen van de patiënt als van de vervulling van de informatieverplichting schriftelijk akte te nemen.

89. Gelet op het familiekarakter van genetische informatie zal informatie over de erfelijkheidskenmerken van de patiënt dikwijls betekenisvol zijn voor zijn familieleden. Omgekeerd kan informatie over de familieleden nodig zijn om de adviesvrager volledig door te lichten. Hier komen we in een delicaat spanningsveld van wederzijdse rechten en plichten dat door het geldend recht niet altijd doeltreffend beheerst wordt.

90. Indien informatie over familieleden nodig is om voor de patiënt te diagnostiseren en de genetische gegevens in kwestie beschikbaar zijn bij een andere arts in een reeds bestaand medisch dossier, zal de toelating¹⁵² om ze te gebruiken van de kant van het welwillend familielid de arts toch niet kunnen ontslaan van zijn beroepsgeheim op dat punt. In België wordt het beroepsgeheim immers tot de openbare orde gerekend. De individuele toelating van de patiënt onthult de arts niet van zijn beroepsgeheim, omdat dit, naast het individueel patiëntenbelang, tevens het algemeen belang beoogt te beveiligen¹⁵³. Ook art. 13 van het K.B. nr. 78 van 10 november 1967¹⁵⁴, dat artsen een verplichting tot mededeling van medische gegevens aan collega's opdraagt, biedt geen uitkomst aangezien het betrekking heeft op informatie die één en dezelfde patiënt betreft. Alleen een soepeler be-

oordeling van het beroepsgeheim met opwaardering van de wilsbevoegdheid van de betrokken patiënt (i.c. het familielid) kan vermijden dat het gezondheidsbelang van de adviesvrager nodeloos geschaad wordt. Het verheugt dat de rechtsleer hierop aanstuurt¹⁵⁵ en dat de wetgever aan deze wens reeds beperkt tegemoet is gekomen in art. 7, § 4, van de Privacywet en in art. 95 van de wet op de landverzekeringsovereenkomsten.

91. Er wordt aangenomen dat het verzet van het familielid tegen mededeling van zijn genetische informatie aan de arts van de adviesvrager niet kan beletten dat de informatie toch aan laatstgenoemde doorgespeeld wordt¹⁵⁶. Het recht op privacy van het familielid treedt hier in conflict, niet met een zelfstandig recht op informatie van de adviesvrager, want dat bezit deze niet ten aanzien van zijn familie, maar met diens belang bij medische hulpverlening, dat aanspraak op de bewuste informatie insluit¹⁵⁷.

De beweerde voorrang van de hulpverlening klinkt niet onaanvaardbaar. Het persoonlijkheidsrecht van het familielid op een besloten privé-sfeer is immers nooit onvoorwaardelijk. Juridische verantwoording zou gevonden kunnen worden in de noodsituatie, die, sinds haar erkenning in de Zwangerschapsafbrekingswet, juridisch gehalte heeft gekregen en op een redelijke afweging van conflicterende belangen aanstuurt¹⁵⁸. De ernst van de belangen in kwestie en de nieuwigheid van het begrip «noodsituatie» vragen nochtans dat de wetgever deze rechtsgrond een stevige wettelijke basis geeft zonder meteen vooruit te lopen op de concrete invulling ervan door de geneticus.

Men zou als alternatieve oplossing kunnen overwegen genetische informatie te collectiviseren en het individueel familielid zijn desbetreffende aanspraak op privacy te ontnemen met opdracht voor de geneticus om aan collectief beheer van de genetische gegevens van de familie te doen, maar dit zou wellicht indruisen tegen de maatschappelijke tendens naar individualisering waar de creatie van persoonlijkheidsrechten juist de gewaardeerde uiting van was. Dit lijkt veeleer een stap terug. Het individu moet zijn privacy immers ook tegenover zijn familie kunnen handhaven.

Een ander alternatief bestaande in een voorafgaand welomschreven akkoord van iedere gescreende patiënt om zijn testresultaten beschikbaar te stellen voor informatiebehoevende familieleden is al evenmin een oplossing, als niet tegelijk het strikt openbare-ordekarakter van het beroepsgeheim herzien wordt.

92. Het is mogelijk dat de benodigde familiegegevens nog niet voorhanden zijn in een reeds bestaand dossier. Kan de adviesvrager dan van zijn familieleden verlangen dat zij zich,

¹⁴⁹ NYS, H., *Geneeskunde...*, o.c., nr. 311.

¹⁵⁰ LEENEN, H., «Problemen rond het recht op informatie en het recht op geheim; over botsing van rechten», *Tijdschrift Gezondheidsr.*, 1986, 207.

¹⁵¹ Ook de ongewenste mededeling van testresultaten is een wanprestatie (NYS, H., *Geneeskunde...*, o.c., nr. 311 onder verwijzing naar VANSWEEVELT, T.).

¹⁵² Die nooit vermoed mag worden (DE BRAUW, P., *Medisch beroepsgeheim*, Baarn, Ambo, 1988, 25).

¹⁵³ VAN NESTE, F., «Het medisch beroepsgeheim», in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, o.c., 198; VAN LIL, M., «Erfelijkheidsvoorlichting — juridische problemen bij een confrontatie van recht en genetica», *Jura Falc.*, 1983-84, 342; Cass., 30 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 236, *R.W.*, 1978-79, 2232, en *J.T.*, 1979, 369.

¹⁵⁴ K.B. betreffende de uitoefening van de geneeskunst, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskundige commissies.

¹⁵⁵ VAN NESTE, F., «Het medisch beroepsgeheim», o.c., 197, en «Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?», *R.W.*, 1977-78, 1281 e.v.; NYS, H., *Geneeskunde...*, o.c., nr. 953; DIERKENS, R., «Beroepsgeheim en recht», *VL.T.Gez.*, 1986-87, 263.

¹⁵⁶ VAN HERTEN, J., «Geheimhoudingsplicht contra informatieplicht», *VL.T.Gez.*, 1986-87, 427.

¹⁵⁷ De aanspraak op medische hulpverlening treedt als grondrecht of recht van de mens naar voren in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (art. 25) en in de preambule van het Statuut van de Wereldgezondheidsorganisatie.

¹⁵⁸ VAN NESTE, F., *Hoe ethisch is het recht?*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 42.

in zijn belang, net als hijzelf onderwerpen aan een genetisch onderzoek? Dit is het zgn. stamboomonderzoek.

Het gezondheidsbelang van de adviesvrager komt hier in samenloop met het recht op besloten levenssfeer en het recht op lichamelijke integriteit van het familielid. Ter wille van dit laatste hangt het steeds van de individuele toestemming van het betrokken familielid af of het onderzoek kan plaatshebben. Van de arts mag verwacht worden dat hij het familielid breedvoerig informeert over het belang van het onderzoek voor de aanvrager in de hoop het tot medewerking te bewegen. De overheid kan zelf haar steentje bijdragen door in bewustmakingscampagnes het publiek tot meer solidariteit te motiveren. De aanvrager zou de rechter zelfs kunnen verzoeken het gewenste onderzoek te bevelen onder verbeurte van een dwangsom¹⁵⁹. Maar, hoe dan ook, lichaamswang op het weigerachtige familielid blijft uitgesloten¹⁶⁰.

Om in overeenstemming te blijven met de oplossing voor de voorgaande hypothese, waar het familielid reeds onderzoeken ondergaan heeft, is een tussenkomst van de wetgever gewenst. Het familielid dient juridisch verplicht te worden zich aan het genetisch onderzoek te onderwerpen. De proportionaliteitsvoorwaarde, gesteld in art. 8, lid 2, E.V.R.M., is in casu vervuld, aangezien de noodzakelijke ingreep (wegname van wat bloed, weefsel...) miniem en ongevaarlijk is. De schade aan het lichaam van het familielid staat niet in verhouding tot het voordeel voor de adviesvrager. Bovendien wordt de persoonlijkheidsschade voor het familielid nog beperkt door zijn recht om het testresultaat, wat hem betreft, niet te hoeven vernemen.

93. Ten slotte zal het dikwijls gebeuren dat de diagnose met betrekking tot de adviesvrager informatie inhoudt die vanuit medisch oogpunt belangwekkend is voor het familielid. Er wordt bijvoorbeeld een erfelijke ziekte vastgesteld die behandelbaar is. De afstamming van de adviesvrager heeft er belang bij dit tijdig te vernemen om over het eigen gezondheidsbelang te kunnen waken. Maar hij heeft geen weet van het uitgevoerde onderzoek. Mag hij geïnformeerd worden? De bescherming van de privacy van de adviesvrager komt nu in samenloop met het gezondheidsbelang van het familielid. We herhalen hier dat het privacybelang bij ongunstige diagnose bijzonder pregnant kan zijn. Het gezondheidsbelang van de tegenpartij is nochtans evenmin te onderschatten.

De geneticus kan zich momenteel nog steeds achter zijn beroepsgeheim verschuilen om het familielid in het ongewisse te laten, ongeacht de toestemming van zijn patiënt. Ook hier zou de stem van de patiënt meer gehoord moeten kunnen worden.

Indien deze de mededeling weigert, kan weer een beroep op het begrip «noodsituatie» overwogen worden. Optreden van de wetgever is opnieuw gewenst. Problematisch blijft dan wel dat het recht van het familielid om niet te weten niet goed uit de verf komt, tenzij het daar eerst uitsluitend

over gevraagd wordt alvorens de inhoudelijke mededeling te doen¹⁶¹.

94. Op macro-niveau kunnen derden — de overheid, verzekeraars, werkgevers... — ook geïnteresseerd zijn in individuele genetische of andere medische informatie.

De overheid kan voor haar gezondheidsbeleid belang hebben bij een bevolkingsonderzoek uitgevoerd op medische dossiers van patiënten, op restmateriaal van vroegere onderzoeken of op nieuw aangemaakte stalen. Op zich is soortgelijk onderzoek niet ongeoorloofd¹⁶².

Onlangs was er in Nederland veel te doen over de vraag of een voorgenomen grootschalig AIDS-virus seroprevalentieonderzoek kan plaatsvinden. In de literatuur werd terecht betoogd dat anonimisering van het materiaal geen argument kon zijn om de individuele voorgelichte toestemming van de burger niet te vragen¹⁶³. Aangevoerd werd dat het belang van het wetenschappelijk onderzoek een algehele inperking van de artt. 10 en 11 van de Nederlandse Grondwet niet rechtvaardigde¹⁶⁴. Medewerking op vrijwillige basis blijft dus de regel¹⁶⁵.

Wanneer het onderzoeksmateriaal reeds aanwezig is in dossiers of als «left-over» beschikbaar is in de laboratoria, zou evenzeer de toestemming van de patiënt gevraagd moeten worden. Zijn oorspronkelijk akkoord met de diagnosestelling en behandeling kan niet uitgebreid worden tot latere onderzoeken. In de praktijk wordt hij echter nooit opnieuw geraadpleegd¹⁶⁶. In de rechtsleer wordt terecht aangehouden op een beschikkingsrecht voor de patiënt over zijn medische persoonsgegevens¹⁶⁷. Ook dit vergt nieuwe regelgeving.

95. Naast interesse in het voorkómen van genetische aan- doeningen kan de overheid ook geïnteresseerd zijn in het voorkómen van genetische afwijkingen. De kosten van de gezondheidszorg kunnen er aanzienlijk door verlicht worden. Mag de overheid bijvoorbeeld zwangere vrouwen verplichten een prenatale diagnose te ondergaan? De overheid kan deze verplichting opleggen zoals ze elk ander onderzoek verplicht kan stellen in het algemeen gezondheidsbelang. Werkelijke fysieke dwang is nochtans uitgesloten. Overigens hoeft dit in het dagdagelijks leven geen problemen te stellen, omdat zwangere vrouwen in België vanaf vijfendertig jaar doorgaans toch al op medisch advies gescreend worden. Voor uitbreiding tot de andere zwangere vrouwen ontbreken de financiële middelen.

96. In de verzekeringssector wordt de premie bij persoonsverzekeringen berekend in verband met het risico. Genetische informatie over de verzekerde is belangrijk voor de verzekeraar. Het Europees Parlement verklaart nochtans dat de verzekeraar geen genetische analyses mag eisen, noch

¹⁶¹ H. LEENEN verkiest in ieder geval mededeling boven verzwijging («Problemen...», o.c., 209).

¹⁶² GEVERS, J., «Erfelijkheidsonderzoek», o.c., 51.

¹⁶³ ROSCAM ABBING, H., «Anoniem grootschalig AIDS-virus seroprevalentie-onderzoek: enkele juridische kanttekeningen», *V.T. Gez.*, 1990, 242, e.v.

¹⁶⁴ CASTERMANS, A., HENDRIKS, A., SMITH, J., SMEETS, P., VERHEY, L. en VEERMAN, G., «Lichaamsmateriaal en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer», *N.J.B.*, 1993, 275 e.v.

¹⁶⁵ GEVERS, J., «Erfelijkheidsonderzoek», o.c., 51.

¹⁶⁶ Nys, H., «Rechtsontwikkelingen...», o.c., nrs. 6 en 17.

¹⁶⁷ Nys, H., «Rechtsontwikkelingen...», o.c.

¹⁵⁹ Vgl. STORME, M., «Nemo potest cogi ad factum», *Postuniversitaire lessencyclus W. Delva 1993-1994*, ter perse.

¹⁶⁰ Cass., 7 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 764, noot KRINGS, E., *R.W.*, 1974-75, 2235, en *Pas.*, 1975, I, 692, besproken door LEMMENS, P., «Het verbod van onderwerping van een persoon aan een lichamelijk of geestesonderzoek», in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story Scientia, 1991, 659 e.v.

zich de resultaten ervan door de verzekerde doen overleggen¹⁶⁸. De Belgische wetgever is het Europees Parlement in dit verbod gevolgd. Art. 5, eerste lid, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst bepaalt dat genetische gegevens niet meegedeeld mogen worden. Art. 95 vervolledigt met de melding dat het medisch onderzoek, noodzakelijk voor het sluiten en het uitvoeren van de overeenkomst, slechts kan steunen op de voorgeschiedenis van de huidige gezondheidstoestand van de aspirant-verzekerde en niet op technieken van genetisch onderzoek die dienen om de toekomstige gezondheidstoestand te bepalen.

De eerbiediging van het privé-leven van de verzekerde verantwoordt deze regeling. Weliswaar leidt ze ertoe dat precies de aspirant-verzekerden, die weten ziek te zullen worden, zich gaan verzekeren. Zij zullen voor een groot risico verhoudingsgewijs een lage premie betalen. Omgekeerd zal wie een gunstige test achter de rug heeft, zich waarschijnlijk niet verzekeren. Dit gebrek aan evenwicht herstelt zich na verloop van tijd. De verzekeraar, die veel hoge uitkeringen heeft moeten uitbetalen, zal de premies verhogen, wat mede ten laste komt van de gewone verzekerde die geen genetische test heeft laten uitvoeren. Dit is echter de prijs die betaald moet worden voor bescherming van de privacy van de patiënt. Het alternatief – toch genetische inlichtingen beschikbaar houden voor de verzekeraar – zou van de patiënt een paria maken, die nergens nog een verzekering kan kopen, terwijl hij misschien zelfs nooit ziek wordt.

97. In de kielzog van de verzekeraar is de werkgever niet minder begaan met de financiële risico's die hij loopt door werknemers in dienst te nemen die door een ongunstige erfelijke predispositie in combinatie met de werkomstandigheden eigen aan de werkplaats (stof, schadelijke produkten...) een ziekte kunnen ontwikkelen.

Ook hier gebiedt het Europees Parlement dat selectie van werknemers op genetische gronden een serieel genetisch onderzoek van werknemers bij de wet verboden worden. De afwijzing van werknemers met een delicate gezondheid mag geen alternatief zijn voor het saneren van het arbeidsmilieu¹⁶⁹. Nochtans kan aangevoerd worden dat de tewerkstelling van deze werknemers in bepaalde beroepen – buschauffeurs, piloten... – ook voor anderen dan de werkgever, en om andere dan materiële redenen, gevaarvol kan zijn. Aanbevolen mag worden deze mensen naar andere beroepen te oriënteren¹⁷⁰. Dit lijkt ook tot hun eigen verantwoordelijkheid te behoren. Voor een goede beveiliging van alle betrokken belangen is wetgeving gewenst.

C. EEN PAAR RECHTSVRAGEN I.V.M. TRANSPLANTATIE

1. Mag embryonaal of foetaal materiaal gebruikt worden voor transplantatie?

98. Onlangs werd in de media een controversie gecreëerd rond een project van de Universiteit te Edinburgh om eilei-

derweefsel van geaborteerde foetussen te implanteren bij onvruchtbare vrouwen. Aldus zou het tekort aan eicellen voor donatie gedeeltelijk opgevangen kunnen worden. Dit initiatief werd in de pers geblokletterd als «Baby's van ongeboren moeders»¹⁷¹. Vanzelfsprekend is dit een verkeerde voorstelling. Een vrouw wordt pas moeder als ze een kind ter wereld brengt. Alle vrouwen en zelfs alle vrouwelijke foetussen beschouwen als moeders is je reinste onzin.

Het gebruik van foetaal materiaal is niet nieuw. Eerder al werd hersenweefsel van foetussen getransplanteerd op Parkinsonpatiënten. Ook deze techniek lokte verzet uit¹⁷². De publieke opinie staat globaal positief tegenover transplantatie, maar maakt – gevoelsmatig – uitzondering voor hersenweefsel en eicellen, zeker indien afkomstig van een embryo of foetus. Het experiment wordt spontaan geassocieerd met het abortusvraagstuk¹⁷³. Nochtans heeft het de verzachting van iemands lijden tot doel en zijn embryo of foetus dood of gedoemd te sterven.

99. Het stoffelijk overschot van een geboren persoon krijgt civielrechtelijke bescherming, omdat die persoon gedurende zijn leven relaties opgebouwd heeft met andere personen die in hun herinnering aan de afgestorvene beschermd moeten worden. Een foetus heeft deze relaties niet kunnen opbouwen en kan daarom na zijn dood geen analoge rechtsbescherming genieten. Zolang hij leefde had hij al weinig juridische waarde, na zijn dood wordt die verwaarloosbaar. De band die de moeder met de foetus had, krijgt voldoende juridische waardering in haar bevoegdheid om te beslissen over zijn bestemming na zijn dood.

De juridische teksten die deze materie beogen te regelen, laveren tussen «voor» en «tegen», maar neigen tenslotte toch naar voorwaardelijke aanvaarding van het gebruik van dode embryo's¹⁷⁴.

2. Mag dierlijk materiaal getransplanteerd worden op mensen?

100. Als transplantatie van embryonaal of foetaal materiaal toelaatbaar wordt geacht, lijkt ook de inplanting van dierlijk materiaal, onder de voorwaarden van het medisch experiment, principieel geoorloofd te moeten zijn.

IV. BESLUIT: DE ONZEKERHEID «OVER» EN ZELFS «DOOR» HET RECHT IS MANIFEST. HOE KAN ZE WEGGENOMEN WORDEN?

101. Uit de antwoorden op de gestelde rechtsvragen is gebleken dat meestal niet eens gesproken kan worden van een lacunair normensysteem, maar van afwezigheid van normen. In het belang van de rechtszekerheid is opvulling en verbetering meer dan wenselijk. Dit mag nochtans niet overhaast

¹⁷¹ *De Morgen*, 3 januari 1994, 11.

¹⁷² Zie hierover COSIJNS, P., «Ethische aspecten van de implantatie van hersenweefsel in de ziekte van Parkinson», *Tijdschrift Orde Geneesh.*, 1991, 76 e.v.

¹⁷³ COSIJNS, P., *l.c.*, 78; vgl. Advies van 22 mei 1984 Comité National d'Ethique (Frankrijk).

¹⁷⁴ EUROPEES PARLEMENT, Resolutie over de ethische en juridische problemen van genetische manipulatie, geciteerd, nrs. 36-37; RAAD VAN EUROPA, Aanbeveling 1100, geciteerd, nr. 16; Advies van 22 mei 1984, Comité National d'Ethique (Frankrijk).

¹⁶⁸ Resolutie over de ethische en juridische problemen van genetische manipulatie, geciteerd, nrs. 19 en 20.

¹⁶⁹ *Ibid.*, nrs. 13 e.v.

¹⁷⁰ VAN BEMMEL, J., «Wie beschikt over genetische gegevens?», *Medisch Contact*, 1989, 218.

gebeuren ¹⁷⁵. De medische wetenschap en techniek zijn voor de jurist een relatief onbekend terrein. Onzorgvuldige of onoverwogen regelgeving zou meer kwaad dan goed doen.

Soms wordt in deze materie wel eens gesteld dat regulering een schijn van legitimatie geeft. Dit debat is voor veel van de boven gestelde rechtsvragen al achter de rug. De meeste technieken zijn nu zo ingeburgerd dat verbodsbepalingen niet meer zinvol zijn. De discussie of het recht zich moet laten binden door medische determinanten dan wel zelf de lijn van de ontwikkeling moet aangeven is vrij steriel, als de ervaring leert dat recht niet «af» is als de rechtsnorm eenmaal gemaakt is. Recht moet zich daarna nog weten te handhaven en dat kan het maar als de rechtsonderhorigen zich niet in belangrijke mate tegen de norm verzetten. Het kan misschien revolutionair en abolitionistisch klinken, maar recht wordt uiteindelijk niet door overheidsinstanties gemaakt, maar op straat.

De medische wetenschap heeft veel goeds verwezenlijkt dat niet door regulering ten gronde gericht mag worden, omdat er ook risico's en misbruiken kunnen zijn. Er is vooral positieve regelgeving nodig. We pleiten daarbij voor een zakelijke, niet gevoelsmatige benadering.

Vóór alles moet de normsteller gematigdheid betrachten. Gematigdheid in de kwantiteit en de inhoud van de norm. Meer normen staat niet gelijk met betere regulering: «in der Beschränkung zeigt sich der Meister!» Maar ook inhoudelijk is afstandelijkheid geboden, vooral inzake familierelaties en man/vrouw-verhoudingen. Gezin en familie moeten zich in vrijheid kunnen ontwikkelen; het recht moet alleen behoeden voor uitwassen. «Bij ethische pluriformiteit ligt het niet op de weg van de wetgever een bepaalde opvatting bij

¹⁷⁵ DE KOEKELAERE, A., «Geneeskunde, bio-ethiek en recht», *R.W.*, 1993-94, 491, nr. 46; LAMPE, M.-F., *l.c.*, 173.

wet aan de bevolking op te dringen» verklaart H. Leenen zeer terecht ¹⁷⁶.

Het individuele geweten van hulpzoeker en hulpverlener zal veelal het richtsnoer kunnen zijn. In plaats van overmatig rechtsregels te produceren kan de overheid er ook eens aan denken de burgers op te voeden tot verantwoordelijk gedrag.

Te veel en te dwingend recht leidt naar verstarring en pseudo-vrijheid. De overheid moet bovendien niet alles tegelijk willen regelen. Het ene vraagstuk is al rijper dan het andere.

Het hoeft trouwens ook niet allemaal wettenrecht te zijn. Geen enkele discipline heeft zoveel ethische traditie als de geneeskunde. Professionele zelfregulering is voor bepaalde vraagstukken zeker raadzaam. Bijstand en toezicht van ethische commissies kan daarbij een goede hulp zijn, als ze evenwichtig samengesteld zijn en consultatiebevoegdheid krijgen ten aanzien van een centraal Raadgevend Comité voor Bio-ethiek dat, waar nodig, voor eenheid in verscheidenheid kan zorgen ¹⁷⁷.

Ook de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren zal hierbij zijn inbreng hebben.

*Prof. dr. Erna GULDIX
Vrije Universiteit Brussel*

¹⁷⁶ LEENEN, H., «Het recht op kennisname...», *o.c.*, 1105.

¹⁷⁷ VLAAMSE RAAD, Ontwerp van decreet houdende goedkeuring van het samenwerkingsakkoord houdende oprichting van een Raadgevend Comité voor Bio-ethiek gesloten te Brussel op 15 januari 1993 tussen de Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, 1992-93, nr. 398/1.

INFORMATIE OVER ANDERMANS VERMOGEN. BELANGENAFWEGING TUSSEN HET RECHT OP PRIVACY VAN DE SCHULDENAAR EN HET RECHT OP INFORMATIE VAN DE SCHULDEISER

I. INLEIDING. HET RECHT VAN DE SCHULDEISER OP INFORMATIE EN HET RECHT VAN DE SCHULDENAAR OP PRIVACY

A. Het recht van de schuldeiser op informatie over het vermogen van de schuldenaar

§ 1. DE BEHOEFTE AAN INFORMATIE OVER HET VERMOGEN VAN
DE SCHULDENAAR IN HET KADER VAN DE UITOEFENING VAN HET
VERHAALSRECHT VAN EEN SCHULDEISER

1. *Vermogen als onderpand.* — Elke schuldenaar staat voor zijn persoonlijke verbintenissen in met geheel zijn vermogen. De totaliteit van het vermogen vormt het onderpand van de schuldeiser (artt. 7 en 8 Hyp.W.). De schuldeiser moet echter wel de bestuurshandelingen van de schuldenaar over diens vermogen en de fluctuaties in het vermogen ten gevolge daarvan tolereren, behoudens bedrieglijke benadeling van zijn rechten (art. 1167 B.W. en art. 448 Faill. W.)¹.

2. *Behoeftte aan informatie over onderpand en verhaalsmogelijkheden.* — Het is dan ook voor de schuldeiser van essentieel belang om geïnformeerd te zijn en te blijven over de precieze omvang en samenstelling van dit vermogen. Zowel de schuldeiser die individueel beslag legt op een bepaald vermogensbestanddeel, als de vereffenaar die belast is met de uitvoering van een totaal vereffeningbewind, moet voor de uitoefening van zijn verhaalsrecht een inzicht hebben in de vermogenstoestand van de schuldenaar. Hij dient te weten waaruit zijn onderpand concreet bestaat, op welk vermogensbestanddeel hij zijn vordering in concreto kan verhalen.

3. *Solvabiliteitsrisico en informatie tot zekerheid.* — In een contractuele context dient deze behoefte aan informatie over het vermogen van de tegenpartij zich niet enkel aan bij de realisatie van de vordering, doch ook reeds voorafgaand aan de sluiting van een contract en tijdens de uitvoering van een contract. Met de wens van informatie over het vermogen van de medecontractant op deze ogenblikken anticipeert de schuldeiser op de eventuele latere noodzaak van gedwongen tenuitvoerlegging en uitoefening van zijn verhaalsrecht.

De informatie over de vermogenstoestand van de schuldenaar is vereist om het solvabiliteitsrisico dat men als schuldeiser loopt, te kunnen inschatten. Dit is informatie tot zekerheid². Doordat de schuldeiser een zicht heeft op de (gezonde) vermogenstoestand van zijn medecontractant,

verkrijgt hij de zekerheid dat deze schuldenaar zal kunnen betalen, of dat hij minstens, indien de schuldenaar niet vrijwillig zijn verbintenis tot betaling nakomt, over voldoende onderpand beschikt waarop hij zijn vordering gedwongen kan ten uitvoer leggen.

4. *Behoeftte aan informatie tijdens de precontractuele fase.*

— In de precontractuele fase waarin de toekomstige contractanten onderhandelen en evalueren of zij een bepaalde overeenkomst al dan niet zullen sluiten, vormt het inzicht in de vermogenssituatie van de tegenpartij, zijn solvabiliteit en credibiliteit een belangrijke bekommernis.

De inschatting van het solvabiliteitsrisico staat bv. op het voorplan bij de kredietverlening (hypothecair krediet, produktiekrediet, consumentenkrediet). De informatiebehoefte doet zich evenwel voor bij alle vormen van overeenkomsten. Aan de zijde van de partij die betaling moet incasseren, bestaat de bezorgdheid te weten of zijn contractant in staat zal zijn de overeengekomen prijs (tijdig) te betalen. Ook voor diegene die moet betalen, is de solvabiliteit van de contractant van belang. Een gezonde financiële toestand moet hem geruuststellen dat er geen faillissement dreigt en dat het werk zal worden uitgevoerd of dat de producten of materialen zullen worden geleverd.

5. *Behoeftte aan informatie tijdens de uitvoering van de overeenkomst.* — Ook tijdens de looptijd van de overeenkomst blijft de behoefte aan informatie over het vermogen van de contractant bestaan. Deze informatie kan een signaal zijn omtrent mogelijke solvabiliteitsproblemen zodat de schuldeiser tijdig de nodige maatregelen kan treffen om zijn rechten veilig te stellen.

Daarnaast dient de behoefte aan inzage in het vermogen (of een gedeelte daarvan) van de schuldenaar zich in de contractuele context ook aan in het kader van de controle over de nakoming of niet behoorlijke nakoming van verbintenissen³. De factoringmaatschappij bv., aan wie alle schuldverdringen van een bepaald type worden overgedragen, heeft behoefte aan inzage in de boekhouding van de tegenpartij om de naleving van deze verbintenis te kunnen controleren. Een dergelijk controlerecht kan berusten op wettelijke grondslag of door de rechtspraak erkend zijn. Vaak worden ook contractuele informatie- en controlerechten bedongen⁴. Door uitoefening van dit controlerecht kan een contractant inzage verkrijgen in het vermogen van de tegenpartij waardoor hij beter het solvabiliteitsrisico en zijn verhaalsrechten kan inschatten.

¹ Zie ook de negatieve zekerheden (§ 7/2 in fine) en de werking van de zijdelingse vordering (art. 1166 B.W.).

² DE CORTE, «Informatie tot zekerheid», *T.P.R.*, 1983, 343-362 (hierna: DE CORTE, 1983).

³ STORME, «Kontraktuele kontrolerechten en bewijsovereenkomsten», *La fin du contrat/Behoorlijke beëindiging van overeenkomsten*, Brussel, 1993, 57-109 (hierna: STORME, 1993).

⁴ Zie § 7.

§ 2. RECHT OP INFORMATIE: RECHTSTREEKSE EN ONRECHTSTREEKSE INFORMATIEVERSTREKKING

1. *Recht op informatie over onderpand.* – De bestemming van het gehele vermogen van de schuldenaar tot onderpand van zijn schuldeiser brengt noodzakelijk met zich mee dat de schuldeiser recht heeft op informatie over de samenstelling van het vermogen en de wijzigingen die zich daarin voordoen. Anders heeft de bepaling van art. 7 Hyp.W. geen zin⁵. Wat de precontractuele fase betreft kan men natuurlijk stellen dat het de contractant die de nodige informatie niet verkrijgt, vrijstaat om niet te contracteren. Doch in de mate waarin men uitgaat van de wens van beide partijen om het contract te sluiten, bestaat ook hier een recht op informatie voor de schuldeiser⁶.

2. *Concrete vorm van dit recht op informatie.* – De vraag die in deze bijdrage wordt onderzocht, luidt dan hoe aan dit recht van een schuldeiser op informatie omtrent de vermogenstoestand van de schuldenaar concreet gestalte wordt gegeven. Twee verschillende vormen van informatieverstrekking kunnen worden onderscheiden. De schuldeiser kan de informatie rechtstreeks van de schuldenaar zelf verkrijgen. Hij kan de gegevens ook onrechtstreeks verkrijgen, dit wil zeggen niet van de schuldenaar zelf.

3. *Rechtstreekse informatieverstrekking.* – Bij rechtstreekse informatieverstrekking verkrijgt de schuldeiser rechtstreeks van de schuldenaar informatie over diens vermogen. In bepaalde gevallen heeft de schuldeiser een recht op informatie, zodat hij de schuldenaar kan dwingen om hem bepaalde gegevens mee te delen of inzage te verlenen in bepaalde stukken (II, A)⁷. Pendant van het recht op informatie van de ene partij is de informatieverplichting van de andere partij. Deze omvat een positief (mededelingsplicht) en een negatief aspect (onderzoeksverplichting, de plicht om zelf informatie in te winnen)⁸. Van een informatieverplichting van een contractant is slechts sprake in de mate waarin op hem niet een eigen onderzoeksverplichting rust⁹. De positieve informatieverplichting kan passief zijn (slechts inlichtingen geven op verzoek) of actief (inlichtingen verschaffen op eigen initiatief)¹⁰. Het recht op rechtstreekse informatieverstrekking wordt onder meer beperkt op grond van de privacy (II, B).

4. *Aanleggen van een gegevensbestand.* – Zeer vaak zal een partij de gegevens die zij op rechtstreekse wijze van een

contractspartij heeft verkregen, verzamelen en opslaan in een gegevensbestand. Zo zal een verkoper van wagens of een bank tal van gegevens omtrent zijn cliënten bijhouden in een, vaak geautomatiseerd, bestand. De vraag rijst of het aanleggen van zo een databank toelaatbaar is. Immers, in de mate waarin in een gegevensbestand persoonsgegevens¹¹ worden opgenomen, komt men in aanvaring met het recht op privacy¹² van de betrokkene.

Een maximale bescherming van de privacy zou erin bestaan dat de verwerking¹³ van persoonsgegevens volstrekt verboden is (preventief systeem). Het spreekt voor zich dat dit niet haalbaar is. Men kan toch niet verbieden dat bepaalde persoonsgegevens worden genoteerd bij de aankoop van een wagen of het toestaan van een krediet. In tal van gevallen verplicht de wetgever zelfs tot de verwerking van persoonsgegevens, bv. ten aanzien van de werkgever die anders niet kan voldoen aan zijn fiscale en sociale verplichtingen¹⁴. Verwerking van persoonsgegevens is trouwens ook een noodzaak voor de overheid zelf, een verplichting die inherent volgt uit de opdracht van de overheid te zorgen voor een goede maatschappelijke ordening (bv. registratie van geboorte en overlijden)¹⁵. Ook de bestemming van het gehele vermogen van de schuldenaar tot onderpand van de schuldeiser en het daaruit volgende recht op informatie voor de schuldeiser brengt voor de overheid de verplichting met zich mee tot organisatie van een aantal informatiesystemen waar derden terechtkunnen om gegevens over de vermogenstoestand van hun schuldenaar en hun onderpand te krijgen¹⁶.

De beste realisatie van het recht op informatie zou erin bestaan dat alle persoonsgegevens vrij mogen worden verwerkt. Misbruiken bij de gegevensverwerking worden dan achteraf bestraft (repressief systeem)¹⁷. Ook deze stelling is in absolute zin niet haalbaar. De privacy van de betrokkene wordt er totaal genegeerd.

De toelaatbaarheid van het aanleggen van een gegevensbank met persoonsgegevens hangt af van een afweging van de conflictuerende belangen. Het is aan de wetgever om deze moeilijke oefening uit te voeren (III, B)¹⁸.

5. *Onrechtstreekse informatieverstrekking via gegevensbestand.* – De verzameling van persoonsgegevens in een gegevensbank brengt ons bij de onrechtstreekse informatieverstrekking over het vermogen van een persoon (III). De on-

¹¹ Zie § 17/1.1.

¹² Zie § 3.

¹³ Zie § 16/1.

¹⁴ DUMORTIER, «Privacybescherming en gegevensverwerking», *Vl. Jurist*, 1993 (hierna: DUMORTIER, 1993), (4), 6.

¹⁵ Zie § 14/3.

¹⁶ Zie § 14.

¹⁷ BAETEMAN/VAN VLASELAER, *De bescherming van het privé-leven ten aanzien van de gegevensverwerking*, Antwerpen, 1993 (hierna: BAETEMAN, 1993), 5, nr. 4.

¹⁸ Nog voor het bestaan van wetgeving hieromtrent trad de rechtspraak op. In verband met een door kredietverleners opgestelde lijst van risicobiteuren oordeelde de rechtbank te Luik, bevestigd door het hof van beroep, dat het opstellen van een dergelijk bestand onrechtmatig is en in strijd is met het recht op privacy van de betrokkene, indien het bestaan van dit bestand geheim wordt gehouden en de betrokkene geen recht van toegang en verbetering van vergissingen geniet (Rb. Luik, 11 maart 1987, *Jur.Liège*, 1987, 549, J.T., 1987, 426, *Computerrecht*, 1988/2, 94, en Luik, 5 juni 1991, J.T., 1992, 36, *Computerrecht*, 1992/4, 160).

⁵ DE CORTE, 1983, 345, nr. 5.

⁶ Zie § 6.

⁷ Vaak hebben openbare of ministeriële ambtenaren de bevoegdheid om, binnen de door de wet geschetste grenzen, aan een persoon informatie omtrent diens vermogenstoestand te vragen. Zo bestaan voor de fiscale overheid uitgebreide onderzoeks- en controlerechten inzake vermogen en inkomsten van de belastingplichtige (artt. 315 e.v. W.I.B. 1992). Hierna wordt niet verder ingegaan op dergelijke wettelijke onderzoeksbevoegdheden van overheidsambtenaren.

⁸ JOURDAIN, «Le devoir de 'se' renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)», *Dalloz*, 1983, Chr., 139-144).

⁹ LUCAS DE LEYSSAC, «L'obligation de renseignements dans les contrats», in *L'information en droit privé*, Parijs, 1978, (305), 321-322, nr. 30.

¹⁰ Zie bv. LETTANY, *Het consumentenkrediet. De Wet van 12 juni 1991*, Antwerpen, 1992 (hierna: LETTANY, 1992), 67, nr. 79.

rechtstreekse informatie is die welke de schuldeiser niet rechtstreeks van de schuldenaar heeft verkregen. Hij heeft de gegevens bv. verkregen door consultatie van een gegevensbestand. Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de inzameling van informatie en het opzetten van informatiesystemen (door de overheid en door privé-initiatief) en anderzijds de mededeling van deze informatie aan derden (informatieverstrekking)¹⁹. Bij de verwerking²⁰ van persoonsgegevens dient het conflict tussen het recht op informatie van derden en het recht op privacy van de betrokkene over wie gegevens worden verwerkt, zich op scherpe wijze aan (III, B).

6. *Andere vormen van onrechtstreekse informatieverstrekking.* – Onrechtstreekse informatie over andermans vermogen kan ook op andere manieren dan via een gegevensbestand worden verkregen²¹.

Op een derde kan een verplichting rusten tot het geven van informatie aan de schuldeiser van een bepaalde persoon. Dit is bv. het geval met de schuldenaarsverklaring bij derdenbeslag (art. 1452 Ger.W.). Zo verplichtte het Franse Hof van Cassatie een werkgever om het adres van zijn werknemer vrij te geven²². Volgens het Hof geldt het recht om zijn woonplaats verborgen te houden en derden te verbieden om deze informatie aan anderen mee te delen niet indien dit er enkel toe strekt om te ontsnappen aan de uitvoering van zijn verbintenissen en de rechten van de schuldeisers te dwarsbomen²³. Terecht wordt opgemerkt dat deze regel ook bij ons kan gelden²⁴. Het bijzondere statuut van de fiscus noopt ook tot een informatieverplichting van diverse openbare ambtenaren en instellingen. Zo is er de verplichting van gerechtsdeurwaarders en notarissen die belast zijn met de verkoop of het bezwaren van roerende en onroerende goederen tot verwittiging daaromtrent van de ontvanger der belastingen (artt. 433-442 W.I.B. 1992 en artt. 93*ter*-93*undecies* B.T.W.-Wetboek)²⁵.

Onrechtstreekse informatie kan ook worden verkregen via door de overheid georganiseerde vormen van publiciteit die geen aanleiding geven tot verwerking in een gegevensbestand. Zo is er de publikatie in de pers, de aanplakking (bv. bij openbare verkoping (art. 1516, art. 1582 en inzake het recht op hoger bod art. 1592 Ger.W.) en bij erfloze nalatenschap (art. 770 B.W.)), de uitstalling in het kader van uitvoerend roerend beslag op kunstvoorwerpen van meer

dan 20.000 frank (art. 1519 Ger.W.), het bezit (art. 2279 B.W.) en de inbezitstelling (art. 2076 B.W.)²⁶.

B. Het recht van de schuldenaar op privacy

§ 3. PERSOONLIJKE LEVENSSFEER EN PRIVACY²⁷

1. *Geen definitie.* – Door de wetgever wordt het begrip persoonlijke levenssfeer niet gedefinieerd²⁸. Een definitie wordt zelfs onwenselijk geacht²⁹. De privacy is immers een vaag en relatief begrip, waarvan de inhoud fluctueert en afhangt van de opvattingen die in een maatschappij dominant gelden³⁰. Een precieze omschrijving wordt tevens verhinderd door de tegenstrijdige belangen tussen het recht op privacy en andere grondrechten, zoals bv. het conflict tussen het recht op privacy en het recht op informatie³¹.

Diverse auteurs hebben zich gebogen over de analyse van het begrip persoonlijke levenssfeer³². Een voorstel tot synthetische begripsomschrijving luidt als volgt: «Het privé-leven is een door het recht beschermde private zone in of rond de mens gelegen, maar niet noodzakelijk van geografische aard, die het individu selectief toegankelijk kan stellen voor derden en die essentieel is voor de ontplooiing van zijn persoonlijkheid»³³. In een andere benadering worden in ver-

²⁶ Voor een uitvoerig overzicht en talloze voorbeelden, zie MASSON, «Considérations sur la publicité et droit privé», *Rev.Not.B.*, 1978, 354-408.

²⁷ Doorgaans worden de termen persoonlijke levenssfeer, privacy, privé-leven, privé-sfeer, private levenssfeer als synoniemen door elkaar gebruikt (GUTWIRTH, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap*, Brussel/Antwerpen, 1993 (hierna: GUTWIRTH, 1993), 622-623). Zie evenwel de nuances van GULDIX, *De persoonlijke levensrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé-leven in hun onderling verband*, Proefschrift V.U.B., 1986 (hierna GULDIX, 1986), 425-426, nrs. 836-837 (zie § 3/3).

²⁸ Een definitie ontbreekt zowel in de vele internationale documenten inzake bescherming van de privacy, als in de recente Belgische wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (hierna: privacywet – voor de volledige referenties van de wet en de in uitvoering daarvan genomen besluiten, zie § 17), die in art. 2 bepaalt dat iedere natuurlijke persoon bij de verwerking van persoonsgegevens die op hem betrekking hebben, recht heeft op de eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.

²⁹ RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, 1990, 725. Cf. E.H.R.M., 16 december 1992, *Publ. Cour*, Reeks A, Volume 251-B; E.H.R.M., 25 maart 1993, *Publ. Cour*, Reeks A, Volume 247-C.

³⁰ Memorie van toelichting privacywet 1992, *Gedr.St.*, Kamer, 1990-91, nr. 1610/1, 6; toelichting bij het voorstel van wet houdende aanvulling van het Burgerlijk Wetboek wat de bescherming van het privé-leven betreft, *Gedr.St.*, Senaat, 1992-93, nr. 588/1, 2.

³¹ GUTWIRTH, 1993, 624.

³² Zie onder meer GULDIX, 1986; GUTWIRTH, 1993; KAYSER, *La protection de la vie privée*, Parijs, 1990, tweede uitgave; RIGAUX, o.c., 1990; VELU, *Le droit au respect de la vie privée*, Namen/Brussel, 1974. Zie ook GULDIX, «De rechtsbescherming van de persoonlijke levenssfeer door persoonlijkheidsrechten», *VI.T.Gez.*, 1987, 203-217; GERLO, «Het begrip privacy voor de jurist», *VI.T.Gez.*, 1985-86, 179-194; OVERSTEYNS, «Het recht op eerbiediging van het privé-leven», *R.W.*, 1988-89, 488-498; RIGAUX, «La protection de la vie privée à l'égard des données à caractère personnel», *Ann.Dr. Louvain*, 1993, 49-72.

³³ GULDIX, 1986, 432, nr. 846.

¹⁹ DE CORTE, 1983, 346-349, nrs. 12-19.

²⁰ Dit begrip omvat zowel de operatie van het verzamelen en registreren van gegevens, als het verspreiden of meedelen aan derden van deze gegevens (nr. 16/1).

²¹ Hieraan wordt verder in deze bijdrage geen aandacht meer besteed.

²² Cass.fr., 30 juni 1992, *Dalloz*, 1993, Jur., 421, noot GUIHO.

²³ De nieuwe Franse beslagwet voorziet in de mogelijkheid voor de gerechtsdeurwaarder om het parket te verzoeken onder meer het adres van de schuldenaar op te sporen (zie § 9/3 in fine).

²⁴ STORME, 1993, 98, nr. 38. De mogelijkheid voor een schuldeiser in ons recht om via het bevolkingsregister het adres van zijn schuldenaar te krijgen, wordt strikt gereguleerd (K.B. van 2 juli 1993 tot wijziging van het K.B. van 16 juli 1992, *B.S.*, 16 juli 1993). Zie § 19/2-2°.

²⁵ Zie in art. 443 W.I.B. 1992 ook de kennisgevingsplicht voor openbare of private kredietinstellingen in bepaalde gevallen van toekenning van leningen of voorschotten.

band met het recht op eerbiediging van het privé-leven twee elementen naar voren geschoven: het recht om zich te verzetten tegen binnendringen en inmenging in de privé-sfeer en het recht om zich te verzetten tegen openbaarmaking van aspecten van zijn privé-sfeer ³⁴.

2. *Opsomming van elementen.* — Vaak wordt een opsomming gegeven van de elementen die tot de privacy behoren ³⁵. Hierbij worden onder meer vermeld: «l'indentité, l'intimité du foyer, la vie familiale et conjugale, les souvenirs personnels, la santé, la vie sexuelle, les aventures amoureuses, les loisirs, les opinions ou activités politiques, philosophiques et religieuses, la filiation, la race et l'origine ethnique, les ressources et la fortune, le secret des affaires et dans certains cas, la vie professionnelle» ³⁶.

Hieruit blijkt hoe het begrip privacy een ruime variatie van elementen dekt. De verschillende (meer of minder delicate) aard van deze elementen heeft een weerslag op de bescherming van de privacy. Bepaalde gegevens zijn gevoeliger dan andere ³⁷. Medische gegevens liggen bv. over het algemeen delicaat dan vermogensinformatie. Toch lijken de gegevens omtrent vermogen en inkomsten te worden gekoesterd als strikt persoonlijk en vertrouwelijk, zeker als het negatieve informatie is zoals het bestaan van een zware schuldenlast of het onregelmatig terugbetalen van een krediet ³⁸. Het bankgeheim verplicht de bankier om de hem toevertrouwde gegevens met de nodige discretie te behandelen en slechts aan derden mee te delen in de uitzonderingsgevallen die door de wet zijn bepaald ³⁹. Daarenboven heeft de Belgische wetgever, naast de reeds bestaande sectoriële wetgeving, sinds kort gezorgd voor een algemeen kader voor de bescherming van de privacy bij de verwerking van persoonsgegevens (III, B).

3. *De drie sferen van de persoonlijke levenssfeer.* — De variatie van gegevens die behoren tot de persoonlijke levenssfeer, blijkt ook uit de theorie van de concentrische cirkels of sferen ⁴⁰. Er is allereerst de sfeer van de geheimen of de intieme sfeer, waarvan derden geen kennis kunnen hebben behoudens hetgeen de betrokkene heeft meegedeeld. Daarna komt de privé-sfeer (met als synoniemen de privacy, private levenssfeer, privé-leven) waartoe feiten, uitingen, houdingen behoren die privé zijn en waarvan derden normaal niet op de hoogte zijn, tenzij ten gevolge van een frequent of permanent contact met de betrokkene ⁴¹. Aan de buitenkant ten slotte is er de openbaarheidssfeer die alle feiten en

uitingen omvat die zich in het openbaar afspelen en derhalve aan iedereen bekend kunnen zijn. De drie sferen samen worden aangeduid door het alomvattende begrip persoonlijke levenssfeer ⁴². Mede gelet op de Franse tekst van de privacywet van 8 december 1992 ⁴³ waarin het begrip «vie privée» wordt gebruikt, en de parlementaire voorbereiding, kan worden geconcludeerd dat de bescherming van de Belgische privacywet betrekking heeft op de tweede sfeer van de privacy of privé-leven en niet het ruimere begrip persoonlijke levenssfeer beoogt ⁴⁴.

§ 4. BESCHERMING VAN DE PRIVACY

1. *Belgisch recht.* — In het nationale Belgische recht bestaat er geen bepaling die in algemene termen het recht op bescherming van de privacy garandeert. Ook de recente privacywet biedt geen bescherming van die aard. Het toepassingsgebied van deze wet is immers beperkt tot de bescherming van de privacy ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens. Een bescherming tegen algemene inbreuken op de privacy, tegen bespieding of af luistering valt erbuiten.

Vrij onlangs werd een wetsvoorstel ingediend tot invoering van een artikel *8bis* in het B.W., dat een algemeen beschermingsmechanisme van het privé-leven beoogt ⁴⁵. In Frankrijk bestaat een dergelijke bepaling reeds sinds 1970 (art. 9 Code civil). Nog recenter werd in de Senaat een ontwerp van tekst besproken houdende herziening van titel II van de Grondwet waarbij onder meer een artikel *24quater* wordt ingevoegd betreffende de eerbiediging van het privé-leven ⁴⁶.

Tot nog toe zijn in de Grondwet slechts een aantal bepalingen opgenomen die specifieke aspecten van de privacy beschermen, zoals de onschendbaarheid van de woning (artikel 10) en het briefgeheim (artikel 22). Daarnaast zijn er in de meeste takken van ons recht regelingen omtrent bepaalde aspecten van de privacy ⁴⁷.

2. *Internationaal recht.* — In het internationale recht daarentegen is wel een algemene beschermingsbepaling van de privacy terug te vinden. Allereerst is er art. 8 E.V.R.M., waarvan lid 1 bepaalt: «Een ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en briefwisseling». In het tweede lid van diezelfde bepaling wordt deze bescherming sterk gemitigeerd door het toelaten van inmenging van het openbaar gezag in het privé-leven voor zover dit bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van de veiligheid van het land, de openbare veiligheid, het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde, het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen ⁴⁸.

van het afgeschermd leven en een niveau van de relaties met anderen onderscheidt.

⁴² GULDIX, 1986, 426, nr. 837.

⁴³ Zie § 17.

⁴⁴ BAETEMAN, 1993, 10, nr. 8.

⁴⁵ *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 588/1, 3.

⁴⁶ *B.S.*, 18 december 1993, 21172.

⁴⁷ BAETEMAN, 1993, 12, nr. 10; GUTWIRTH, 1993, 626-627.

⁴⁸ Zie §§ 11-13.

³⁴ SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht. Deel 1. Personenrecht*, Leuven, 1991, tweede uitgave, 184, nr. 454.

³⁵ Voor een overzicht, zie BAETEMAN, 1993, 9-12, nrs. 8-9.

³⁶ DE PAGE/MASSON, *Traité élémentaire de droit civil Belge, II. Les personnes. Volume 1*, Brussel, 1990, vierde druk, 57.

³⁷ Cf. § 17/2.2.

³⁸ MEYSMANS, «Bancaire bestanden en privacy-bescherming in België», *Computerrecht*, 1992/1 (hierna: MEYSMANS, 1992), (9), 9-10, nr. 1. Een auteur stelt ten onrechte dat de informatie omtrent het vermogen niet echt tot het privé-leven behoort (STORME, 1993, 101).

³⁹ DUBOIS, «Het bankgeheim», *T.P.R.*, 1986, 433-469.

⁴⁰ HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Keulen, 1967, tweede druk, 268-271, § 34.

⁴¹ Cf. LEMMENS, *Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in het algemeen en ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens*, Antwerpen, CBR, 18 oktober 1993 (onuitg.), 3-7, die op grond van de recente rechtspraak van het E.H.R.M. een niveau

Het recht op eerbiediging van het privé-leven wordt tevens gewaarborgd door art. 12 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en door art. 17 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten.

3. *Grondrecht vs. persoonlijkheidsrecht.* — In voormelde internationale documenten is het recht op eerbiediging van het privé-leven een grondrecht, een der fundamentele rechten en vrijheden. Art. 8 E.V.R.M., heeft directe werking in de Belgische rechtsorde ⁴⁹. Over het algemeen wordt ook de horizontale werking van deze bepaling aanvaard, dit wil zeggen dat art. 8 kan worden ingeroepen in privaatrechtelijke verhoudingen tussen burgers ⁵⁰.

Naast deze publiekrechtelijke basis wordt het recht op privacy echter ook privaatrechtelijk gefundeerd, meer bepaald via de moderne theorie van de persoonlijkheidsrechten. Dit zijn subjectieve rechten die elk individu kan laten gelden erga omnes en die de bescherming van zijn fysieke, psychische en morele integriteit beogen ⁵¹. Het recht op eerbiediging van het privé-leven is een persoonlijkheidsrecht. Andere voorbeelden zijn het recht op communicatiegeheim, op afbeelding, op de stem, op de naam, op morele intellectuele rechten, op organisatie van de lijkbezorging, het recht van antwoord. Of het recht op privacy nu eerder een grondrecht dan wel een persoonlijkheidsrecht is, is een theoretische vraag die hier niet aan bod kan komen ⁵².

§ 5. PRIVACY VAN NATUURLIJKE PERSONEN EN VAN RECHTSPERSONEN

Elk rechtssubject, natuurlijke of rechtspersoon, is houder van persoonlijkheidsrechten. Het recht op privacy komt aldus niet alleen toe aan een natuurlijke persoon, maar ook aan een rechtspersoon. In dit laatste geval spreekt men evenwel over «analoge persoonlijkheidsrechten» ⁵³. Rechtsgeldige rechtspersonen bezitten immers enkel de persoonlijkheidsrechten die verenigbaar zijn met de bijzondere aard van de rechtspersoon ⁵⁴. Aldus is een rechtspersoon houder van een recht op privacy, een recht van antwoord of een recht op goede naam, maar niet van een recht op afbeelding of op lijkbezorging.

Toch wordt een rechtspersoon in de materie van de bescherming van de privacy bij de verwerking van persoonsgegevens anders behandeld dan de natuurlijke persoon. Zeer vaak immers wordt de uitgewerkte regeling enkel op natuurlijke personen van toepassing verklaard en vallen de rechtspersonen buiten het toepassingsgebied van de wet. Ook bij de nieuwe Belgische privacywet is dit het geval ⁵⁵.

II. RECHTSTREEKSE INFORMATIEVERSTREKKING

A. Het recht van de schuldeiser op rechtstreekse informatie

§ 6. PRECONTRACTUELE FASE

Men spreekt van de precontractuele fase vanaf het ogenblik dat een persoon een andere persoon benadert met het oog op het sluiten van een overeenkomst. Deze periode komt tot een einde bij het afspringen van de onderhandelingen of bij het sluiten van het contract. Tussen de onderhandelende partijen bestaat een wederzijdse verhouding die gericht is op het sluiten van het contract ⁵⁶.

1. *Zekerheidsfunctie.* — De informatieverplichting tussen onderhandelaars is erop gericht om een volwaardige en vrije toestemming tot het contract mogelijk te maken. Hierbij speelt de solvabiliteit van de tegenpartij een belangrijke rol (zie bv. artt. 10 en 11 van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet) ⁵⁷. De tijdens de precontractuele fase verkregen informatie over het vermogen van de tegenpartij vervult aldus ook een zekerheidsfunctie. De toekomstige contractanten zullen onder meer gegevens verkrijgen waarmee ze het solvabiliteitsrisico van de tegenpartij kunnen inschatten en kunnen anticiperen op hun verhaalsrecht.

Informatieplichten in de precontractuele fase kunnen worden gebaseerd op de theorie van het aanbod en de wilsgebreken van dwaling en bedrog, alsook op de figuur van de culpa in contrahendo. De informatieverplichting is hier meestal actief ⁵⁸; men dient spontaan de nodige gegevens aan de tegenpartij mee te delen ⁵⁹.

2. *Informatieplichten en aanbod, dwaling en bedrog.* — Een eerste type van informatieverplichtingen in de precontractuele context volgt uit het aanbod dat een partij doet. Men dient de tegenpartij correct en volledig in te lichten omtrent de inhoud van het aanbod, meer bepaald omtrent de noodzakelijke bestanddelen van het contract, maar ook omtrent eventuele bijkomende bedingen die afwijken van het gemeene recht ⁶⁰. Een voorbeeld van een concretisering door de wetgever van de informatieverplichting van de aanbieder biedt art. 14-16 van de wet op het consumentenkrediet.

De klassieke grondslag voor de precontractuele informatieverplichting van partijen is de theorie der wilsgebreken, in het bijzonder dwaling en bedrog, beide gebaseerd op het feit dat een partij heeft gecontracteerd op basis van een ver-

⁵⁶ SCHRANS, «Praecontractuele verhoudingen naar Belgisch recht», *Preadviezen van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle, 1967, 3-40.

⁵⁷ B.S., 9 juli 1991 (met erratum in B.S., 6 augustus 1991), gewijzigd bij de wet van 6 juli 1992, B.S., 11 december 1992.

⁵⁸ Zie § 2/3.

⁵⁹ De informatieverplichting voorgeschreven door art. 10, eerste lid, van de wet op het consumentenkrediet is passief: zie § 6/3.

⁶⁰ FRERIKS, «Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht», *T.P.R.*, 1992, (1187) (hierna: FRERIKS, 1992), 1197-1202, nrs. 9-13; WILMS, «Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een gronslagenonderzoek», *R.W.*, 1980-81, (489), (hierna: WILMS, 1981), 495-497, nr. 4.

⁴⁹ Cass., 6 maart 1986, *R.W.*, 1986-87, 236, noot SENAËVE.

⁵⁰ GUTWIRTH, 1993, 633; VERHEY, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle, 1992.

⁵¹ BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, 1993, vierde druk, 65-66, nr. 115.

⁵² Zie daarover GUTWIRTH, 1993, 628-637.

⁵³ GULDIX, o.c., *VI.T.Gez.*, 1987, 216, nr. 35.

⁵⁴ Cf. BALLON, «De persoonlijkheidsrechten van de rechtspersoon», *Liber amicorum Jan Ronse*, Brussel, 1986, 127-146.

⁵⁵ Zie § 17/1.1.

keerde voorstelling van zaken, die het gevolg kan zijn van onvolledige of onjuiste informatie ⁶¹.

Op grond van dwaling omtrent de zelfstandigheid van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt (art. 1110 B.W.), kan een overeenkomst nietig worden verklaard voor zover de ene partij het overwegend belang dat de andere partij hechtte aan een bepaalde omstandigheid, kende of behoorde te kennen ⁶² en voor zover de dwaling verschoonbaar is, wat betekent dat een redelijk persoon in dezelfde omstandigheden eveneens zou hebben gedwaald ⁶³. De figuur van de dwaling benadrukt aldus de negatieve zijde van de informatieverplichting ⁶⁴, namelijk de eigen onderzoeksplicht van een contractant, de verplichting om zelf de nodige gegevens in te winnen in de mate waarin een redelijk mens dit zou doen. De dwalende mag enkel op zichzelf vertrouwen en kan zich niet beroepen op een mededelingsplicht van de tegenpartij. Hij kan derhalve geen aanspraak maken op een recht op informatie ⁶⁵.

Bij de figuur van het bedrog (art. 1116 B.W.) stelt een partij de werkelijkheid opzettelijk verkeerd voor met de bedoeling de andere partij aan te zetten tot contracteren (hoofdbedrog) of tot het aannemen van bepaalde contractuele voorwaarden (incidenteel bedrog) ⁶⁶. Een partij die op bedrieglijke wijze onjuiste informatie verstrekt, pleegt bedrog. Maar ook het verschaffen van onvolledige informatie kan bedrieglijk zijn. In bepaalde omstandigheden kan het louter stilzwijgen van een partij bedrog uitmaken ⁶⁷. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen het stilzwijgen van een partij die bepaalde informatie niet meedeelt omdat zij er zelf niet van op de hoogte is of niet weet dat de gegevens voor de tegenpartij van belang zijn ⁶⁸, en het opzettelijk verzwijgen van gegevens die men behoorde mee te delen. Pas als er een informatieverplichting bestaat, zal het stilzwijgen een vorm van bedrog kunnen zijn. Een dergelijke informatieverplichting kan gegrond zijn op een wettelijke bepaling of op de goede trouw die de verhouding tussen partijen in onderhandeling beheerst (§ 7.3) ⁶⁹. Inzake bedrog geldt volgens het Hof van Cassatie het verschoonbaarheidsvereiste en de daaruit volgende eigen onderzoeksplicht niet ⁷⁰. *Fraus omnia corrumpit*. Voor zover het bedrog bestaat in het ver-

strekken van bedrieglijke informatie, is de houding van de bedrogene niet relevant ⁷¹. Toch speelt de houding van de partij die bedrog inroept nog een rol, namelijk bij verzwijging van gegevens. De informatieverplichting is immers niet absoluut ⁷². Een contractspartij hoeft slechts informatie te verschaffen voor zover op de tegenpartij geen verplichting rust om inlichtingen in te winnen ⁷³. Gegevens die de tegenpartij zelf kan achterhalen, hoeven niet te worden meege-deeld. Verzwijging daarvan is geen bedrog ⁷⁴. Bovendien zal steeds de kwade trouw van de partij op wie een informatie-plicht rust, moeten worden bewezen ⁷⁵.

3. *Informatieplichten en culpa in contrahendo*. – Meer en meer worden informatieverplichtingen van partijen tijdens de precontractuele fase benaderd vanuit de theorie van de culpa in contrahendo ⁷⁶. Tijdens de precontractuele fase zijn partijen reeds tot een bijzondere buitencontractuele zorgvuldigheidsplicht gehouden, die zich vertaalt in een aantal positieve en negatieve verplichtingen ⁷⁷. De grondslag hiervan wordt over het algemeen gevonden in art. 1382 B.W., hoewel soms ook de regel van art. 1134, derde lid, B.W. inzake de uitvoering te goeder trouw van een overeenkomst wordt ingeroepen ⁷⁸. Zo stelt de Nederlandse Hoge Raad dat «partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij» ⁷⁹.

De toekomstige contractanten dienen alle gedragingen te stellen of na te laten die een normaal en zorgvuldig persoon in dezelfde omstandigheden zou stellen of zou nalaten. Schending van deze zorgvuldigheidsplicht kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van art. 1382 B.W. en herstel van de schade: culpa in non contrahendo indien de overeen-

⁶¹ Cf. DE JUGLART, «L'obligation de renseignements dans les contrats», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1945, 1-22; GHESTIN, «La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles», *Dalloz*, 1971, Chr., 247-250.

⁶² Cf. Luik, 1 april 1992, *Rev. Prat. Soc.*, 1993, 97, noot CORBISIER.

⁶³ De onverschoonbaarheid moet worden beoordeeld aan de hand van het abstracte criterium van art. 1382 B.W. (FRERIKS, 1992, 1205-1206, nr. 17).

⁶⁴ Zie § 2/3.

⁶⁵ WILMS, 1981, 494-495, nr. 3 in fine.

⁶⁶ Nietigheid van de overeenkomst kan slechts worden gevorderd in geval van hoofdbedrog. Incidenteel bedrog geeft slechts aanleiding tot schadevergoeding (Cass., 21 april 1988, *T.B.H.*, 1991, 203, noot JASSOGNE).

⁶⁷ Cass., 8 juni 1978, *R.C.J.B.*, 1979, 525, noot MASSON.

⁶⁸ In de mate waarin deze partij de informatie in kwestie behoorde te kennen of behoorde te weten dat de informatie van belang was voor de tegenpartij, kan het stilzwijgen een fout uitmaken die via de culpa in contrahendo kan worden bestraft (§ 7.3).

⁶⁹ WILMS, 1981, 491.

⁷⁰ Cass., 23 september 1977, *R.C.J.B.*, 1980, 32, noot MATTHIJS; Bergen, 10 februari 1992, *J.T.*, 1992, 777.

⁷¹ Zie de kritiek bij MATTHIJS, «Des effets de la négligence ou de l'imprudence de la victime du dol», *R.C.J.B.*, 1980, 38-60. Tevens wordt gesteld dat de rechter beide fouten tegen elkaar moet kunnen afwegen teneinde eventueel in plaats van de nietigheid van de overeenkomst het behoud ervan met schadevergoeding ten laste van de bedriegende partij te bevelen (zie VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht, Boekdeel 1*, Leuven, 1992-93, derde uitgave, 58 en de verwijzingen aldaar).

⁷² WILMS, 1981, 494.

⁷³ De informatieverplichting begint daar waar de eigen onderzoeksplicht ophoudt (§ 6).

⁷⁴ LUCAS DE LEYSSAC, o.c., *L'information en droit privé*, Parijs, 1978, 321-327.

⁷⁵ DECLERCK-GOLDFRACHT, «Le dol dans la conclusion des conventions. L'article 1116 du Code civil et les correctifs apportés aux conditions de cette disposition», *R.C.J.B.*, 1972, (250), 260-261, nr. 14; MASSON, «Les fourberies silencieuses», *R.C.J.B.*, 1979, (527), 538, nr. 13.

⁷⁶ Over dit leerstuk, zie onder meer CORNELIS, «Le dol dans la formation du contrat», *R.C.J.B.*, 1976, 37-60; DE BERSAQUES, «La 'culpa in contrahendo'», *R.C.J.B.*, 1964, 277-287; DE BERSAQUES, «L'abus de droit en matière contractuelle», *R.C.J.B.*, 1969, 501-533; DE BERSAQUES, «La lésion qualifiée et sa sanction», *R.C.J.B.*, 1977, 10-37.

⁷⁷ CORNELIS, «La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel», *T.B.B.R.*, 1990, 391-425.

⁷⁸ Zie daarover FRERIKS, 1992, 1216-1220, nrs. 28-31.

⁷⁹ H.R., 15 november 1957, *N.J.*, 1958, nr. 67, conclusie adv.-gen. 's JACOB, noot L.E.H.R.

komst niet tot stand komt⁸⁰, culpa in contrahendo indien deze wel tot stand komt. Een van de verplichtingen van de normale en redelijke onderhandelaar is de verplichting tot het verschaffen van juiste en, tot op zekere hoogte ook, volledige informatie aan de tegenpartij⁸¹.

Hij die onjuiste informatie verstrekt, begaat een fout in de zin van art. 1382 B.W. indien hij wist of behoorde te weten dat de informatie onjuist was⁸². Of hierbij nog een onderzoeksverplichting bestaat van de partij die de verkeerde informatie ontving, wordt betwist. Volgens de ene stelling is dit, zoals bij bedrog⁸³, niet het geval. Zodra men van de onderhandelingspartner gegevens verkrijgt, mag men erop vertrouwen, behoudens uitdrukkelijk voorbehoud, dat deze informatie correct is⁸⁴. Een tweede opvatting die een onderzoeksverplichting niet uitsluit, verdient de voorkeur. De partij die de informatie ontvangt, mag niet zomaar lichtzinnig alles geloven wat hem wordt meegedeeld⁸⁵. Op hem blijft de zorgvuldigheidsverplichting rusten om (als een goede huisvader) een controle uit te voeren, indien redelijkerwijze kan worden getwijfeld aan de meegedeelde informatie.

In beginsel dient niet alle informatie waarover partijen beschikken te worden meegedeeld. Slechts onder bepaalde voorwaarden bestaat er een mededelingsverplichting. Dit is allereerst het geval indien een dergelijke verplichting wettelijk is voorgeschreven. De consument die in het kader van de wet op het consumentenkrediet een kredietovereenkomst aanvraagt, moet op verzoek van de kredietgever of kredietbemiddelaar⁸⁶ de juiste en volledige informatie verstrekken die deze laatste noodzakelijk acht om de financiële toestand en de terugbetalingsmogelijkheden van de consument te beoordelen (art. 10, eerste lid)⁸⁷. De kredietgever en kredietbemiddelaar zijn verplicht om de consument op een juiste en volledige manier alle noodzakelijke informatie te verschaffen in verband met de beoogde kredietovereenkomst. Zij dienen daarenboven, voor de kredietovereenkomsten die zij gewoonlijk aanbieden of waarvoor zij gewoonlijk bemiddelen, het krediet te zoeken dat qua soort en bedrag het best is aangepast, rekening houdend met de financiële toestand van de consument bij de sluiting van de overeenkomst (art. 11)⁸⁸. De kredietverlener dient de borgsteller niet te informeren betreffende de solvabiliteit van de schuldenaar. Slechts in geval van bedrog kan de bank aan-

sprakelijk worden gesteld tegenover de borgsteller⁸⁹. Bij een kredietovereenkomst in het kader van de wet op het consumentenkrediet dient de kredietverlener vooraf en gratis aan de steller van de persoonlijke zekerheid een exemplaar van het kredietaanbod of -contract te overhandigen (art. 34, eerste lid in fine). Indien dit niet gebeurt, is de borg of de steller van de persoonlijke zekerheid vrijgesteld van elke verplichting (art. 97). De kredietverlener dient de steller van de zekerheid daarenboven op de hoogte te brengen van de totstandkoming van de kredietovereenkomst, en hem vooraf te verwittigen omtrent elke wijziging van deze overeenkomst (art. 34, tweede lid)⁹⁰. Andere voorbeelden van wettelijk voorgeschreven informatieverplichtingen zijn artt. 5-7 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst⁹¹ en art. 30 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument⁹².

Over het algemeen wordt terecht aangenomen dat ook buiten de wettelijk bepaalde gevallen een mededelingsverplichting kan bestaan, hoewel geen sprake kan zijn van een algemene informatieverplichting in alle omstandigheden⁹³. Partijen dienen elkaar slechts die gegevens mee te delen waarover zij beschikken of moeten beschikken (rekening houdend met een bijzondere positie zoals professionele deskundigheid) en waarvan zij weten of moeten weten dat de tegenpartij er belang aan hecht of deze informatie nodig heeft om haar contractuele positie correct in te schatten, voor zover het geen gegevens betreft waarvan de tegenpartij zelf op de hoogte is of op de hoogte dient te zijn⁹⁴.

Met deze laatste voorwaarde wordt gerefereerd aan de eigen onderzoeksverplichting van elke partij. Van een informatieplicht is slechts sprake in zoverre er geen eigen onderzoeksplicht bestaat⁹⁵. Een dergelijke onderzoeksplicht bestaat niet indien een partij zich in de onmogelijkheid bevindt om zich op de hoogte te stellen. Deze onmogelijkheid wordt beoordeeld aan de hand van het criterium van een normaal zorgvuldig persoon van dezelfde categorie als de betrokkene. In de mate waarin deze partij zelf een bijzondere bekwaamheid heeft of zich door een expert laat adviseren, neemt de informatieverplichting van de andere partij af. Er bestaat echter geen verplichting voor een ondeskundige partij om gespecialiseerd advies in te winnen⁹⁶.

Tevens bestaat er geen eigen onderzoeksverplichting indien tussen de toekomstige contractanten een vertrouwensrelatie bestaat⁹⁷. Een dergelijke vertrouwensband kan

⁸⁰ VEROUGSTRAETE, «Wil en vertrouwen bij het tot stand komen van overeenkomsten», *T.P.R.*, 1990, (181), 198-199, nr. 22.

⁸¹ MARCHANDISE, «La libre négociation. Droits et obligations des négociateurs», *J.T.*, 1987, (621), 622-623, nr. 16; PHILIPPE, «L'ouverture de crédit. Négociation et exécution», *DAOR*, 1988, nr. 7, 27-38.

⁸² WILMS, 1981, 513, nr. 13.

⁸³ Zie § 6/2.

⁸⁴ SCHRANS, «De progressieve totstandkoming der contracten», *T.P.R.*, 1984, (1), 11, nr. 7; WILMS, 1981, 502, nr. 7 in fine.

⁸⁵ FRERIKS, 1992, 1223-1224; MOORKENS, «Contractuele problemen bij de aanschaf van een computer», *Jura Falc.*, 1981-82, (241), 251, nr. 23.

⁸⁶ Hier is de informatieverplichting passief.

⁸⁷ LETTANY, 1992, 65-66, nr. 78. Over het tweede lid, zie § 17/2.2 - 1° in fine.

⁸⁸ LETTANY, 1992, 67-71, nrs. 80-85.

⁸⁹ Rb. Namen, 9 januari 1991, *Jur. Liège*, 1991, 641. Cf. DE CORTE/VERBEKE, *Over zekerheden* (Recente ontwikkelingen inzake persoonlijke zekerheidsrechten), Gent, 1993/3, 4, nr. 6.

⁹⁰ Hier is art. 97 niet van toepassing (LETTANY, 1992, 227, nr. 255).

⁹¹ *B.S.*, 20 augustus 1992.

⁹² *B.S.*, 29 augustus 1991. Cf. BALLON, «De informatieverplichtingen, inzonderheid de reclamebepalingen, die de Wet Consumentenkrediet in samenstel met de Wet Handelspraktijken aan de kredietlener oplegt», *Jura Falc.*, 1991-92, nr. 4, (43), 61-66.

⁹³ CORNELIS, o.c., *T.B.B.R.*, 1990, 412-413, nr. 21. *Contra*: MASSON, o.c., *R.C.J.B.*, 1979, 538-541, nrs. 14-15.

⁹⁴ WILMS, 1981, 514-518, nr. 15.

⁹⁵ Zie § 2/3.

⁹⁶ FRERIKS, 1992, 1234, nr. 49, en de verwijzingen aldaar.

⁹⁷ SCHRANS, o.c., *T.P.R.*, 1984, 12-15, nrs. 6-8.

voortvloeien uit de bijzondere aard van het contract, bv. inzake verzekeringen (zie artt. 5-7 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst). Een vertrouwensrelatie kan ook voortvloeien uit de bijzondere hoedanigheid van een der partijen, met name in de relatie tussen een leek en een vakman. De leek doet precies een beroep op de vakman omdat hij niet op de hoogte is van de materie. Hij mag er dan ook op vertrouwen dat de specialist hem alle relevante gegevens zal verstrekken. De deskundige kan hierbij niet volstaan met het louter beantwoorden van de vragen van de tegenpartij. In het kader van de bestaande vertrouwensrelatie zal hij op eigen initiatief de specifieke situatie van de tegenpartij dienen in te schatten en daarover inlichtingen moeten inwinnen, teneinde de voor deze tegenpartij nodige informatie te kunnen verstrekken⁹⁸. Op de man van het vak rust derhalve een begeleidingsplicht (die verdwijnt in de mate waarin de tegenpartij zich laat bijstaan door een andere deskundige)⁹⁹. Een typisch voorbeeld van deze ruime informatie- en bijstandsverplichting zijn de informaticacontracten¹⁰⁰.

4. *Voorcontracten*. — Vaak sluiten partijen zgn. voorovereenkomsten af met betrekking tot hun precontractuele rechten en plichten, waaronder informatierechten en -plichten of een (ruimere) bijstandsplicht (bv. consultancy-overeenkomst in de computersector)¹⁰¹. Bij informaticacontracten wordt het bestaan van een dergelijke voorovereenkomst vaak stilzwijgend aangenomen¹⁰². In deze gevallen verkrijgt de informatieverplichting een contractuele basis.

Bij mededeling van geheime of vertrouwelijke gegevens, kan de tegenpartij van deze informatie geen gebruik maken indien de overeenkomst uiteindelijk niet doorgaat. In dit verband worden tijdens de onderhandelingsfase soms geheimhoudingscontracten met schadebeding afgesloten¹⁰³. Ook hier ontstaat in voorkomend geval een contractuele aansprakelijkheid.

§ 7. UITVOERING VAN DE OVEREENKOMST

1. *Controle op nakoming van verbintenissen en informatie over het vermogen*. — In diverse situaties bestaat voor een contractspartij het recht om na te gaan of de tegenpartij op behoorlijke wijze zijn verbintenissen nakomt. Een dergelijk controlerecht wordt vaak contractueel gestipuleerd, doch kan ook op een wettelijke of door de rechtspraak gecreëerde grondslag berusten. Daar de contractant bij de uitoefening van dit controlerecht veelal inzage verkrijgt in het vermogen van de tegenpartij, leidt de controle ook tot rechtstreekse informatieverstrekking door de schuldenaar aangaande zijn vermogen. De aldus verkregen informatie biedt de schuldeiser een inzicht in zijn onderpand en is van belang in het kader van het verhaalsrecht of de anticipatie daarop van een

schuldeiser. Aldus vervult deze informatie voor de schuldeiser een zekerheidsfunctie¹⁰⁴.

2. *Enkele voorbeelden*. — Voorbeelden van contractueel bedongen controlerechten zijn licentie- en franchisingovereenkomsten waarin wordt bedongen dat de licentiegever of franchisor het recht heeft om de kwaliteit en de naleving van specifieke verplichtingen te controleren, onder meer door inzage van de boekhouding¹⁰⁵. In verband met handelstussenpersonen verplicht de wetgever de werkgever van een handelsvertegenwoordiger om aan deze laatste maandelijks de staat en de documenten met betrekking tot zijn loon te overhandigen en wordt door de rechtspraak een vergelijkbaar recht op inzage in de nodige documenten van de principaal toegekend aan de agent voor de bepaling van de verschuldigde provisie¹⁰⁶. Wanneer bij een factoringovereenkomst wordt bepaald dat alle vorderingen van een bepaald type moeten worden overgedragen, heeft de factoringmaatschappij recht op inzage in de boekhouding van de tegenpartij om de naleving van deze verbintenis te controleren¹⁰⁷.

In het kader van een arbeidsovereenkomst of aanneming van werk of diensten bestaat een controlerecht in verband met de nakoming van de arbeidsverplichtingen, de keuring van het werk waarbij ook in bijzondere vormen van inzage en controle kan worden voorzien¹⁰⁸, de behoorlijke vervulling van de overeengekomen dienst¹⁰⁹. Ook de houder van intellectuele rechten heeft, naast eventuele contractuele bepalingen hieromtrent, een controlerecht (beslag inzake namaak: art. 1481 Ger.W.)¹¹⁰.

Van een inzage- en informatierecht van de schuldeiser is a fortiori sprake indien de schuldeiser een controleplicht wordt opgelegd, ten gevolge waarvan hij tegenover derden aansprakelijk kan worden gesteld. Rechtspraak en rechtsleer nemen aan dat de kredietverlener bv. verplicht is om ook tijdens de duur van het contract een regelmatig en voldoende toezicht uit te oefenen op de activiteiten van de kredietnemer¹¹¹. Hij dient in dit verband de jaarrekening, vennootschapsdocumenten en eventueel de gehele boekhouding van de tegenpartij na te zien.

De schuldeiser-houder van een pand op de handelszaak die het in pand gegeven goed niet onder zich heeft, heeft

¹⁰⁴ Zie § 7/3 in fine.

¹⁰⁵ MATRAY, *Le contrat de franchise*, Brussel, 1992.

¹⁰⁶ STORME, 1993, 64-66, nrs. 4-7, en de verwijzingen aldaar.

¹⁰⁷ MERCHERS, «Factoring - kredietverzekering - incassomandaat. Rechtsverhoudingen tussen partijen», *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, 1990, (1), 18, nr. 41 (en 9, nr. 18 over de kredietverzekering).

¹⁰⁸ Cf. «Guide juridique de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International) pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles», in *Collection Jupiter. Tome Contrats et statuts*, september 1989.

¹⁰⁹ Het controle- of inzagerecht komt hier in botsing met het beroepsgeheim, waarvan evenwel moet worden aangenomen dat dit niet kan worden ingeroepen in geval van geschil tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Zie daarover STORME, 1993, 72-74, nr. 15.

¹¹⁰ Zie ook § 13/2.

¹¹¹ CORNELIS, «De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening», *T.P.R.*, 1986, (349), 379-388, nrs. 28-35; VAN OMME-SLAGHE/SIMONT, «De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in het Belgisch recht», *T.P.R.*, 1986, (1091), 1105-1111, nrs. 22-28.

⁹⁸ Cf. art. 11 van de wet op het consumentenkrediet (zie boven in dit nummer).

⁹⁹ WILMS, 1981, 506-510, nrs. 10-11.

¹⁰⁰ POULLET/POULLET, «Les contrats informatiques. Réflexions sur 10 ans de jurisprudence belge et française», *J.T.*, 1982, 1-9 en 17-26.

¹⁰¹ VANDENBERGHE, «De computer in het verbintenissenrecht», *T.P.R.*, 1984, 461-506.

¹⁰² Zie de waarschuwingen daaromtrent bij WILMS, 1981, 507.

¹⁰³ SCHRANS, o.c., *T.P.R.*, 1984, 15-16, nr. 9.

een controlerecht teneinde na te gaan of de pandgever niet over de in pand gegeven goederen beschikt in strijd met de overeenkomst. Hij mag nagaan of de pandgever de goederen niet heeft verplaatst of uit handen heeft gegeven. Ten aanzien van de grondstoffen, het materieel en de gereedschappen heeft de pandhouder een volgrecht gedurende zes maanden na de verplaatsing ervan zonder zijn toestemming (art. 11, II, Wet Pand Handelszaak)¹¹². Door de rechtsleer wordt dit volgrecht ook aanvaard ten aanzien van de handelszaak in haar totaliteit, waarbij art. 2279 B.W. niet meer aan de pandhouder kan worden tegengeworpen, aangezien de handelszaak geen lichamelijk roerend goed is¹¹³. Voor de hypothecaire schuldeiser en de gewone pandhoudende schuldeiser is de behoefte aan inzage in het vermogen van de schuldenaar minder pregnant. De hypothecaire schuldeiser heeft immers een onbeperkt volgrecht (art. 96 Hyp.W.) en de pandhoudende schuldeiser heeft het goed onder zich. Bij het gewone pand is het veeleer de pandgever die behoefte heeft aan een controlerecht tegenover de pandhouder, die immers optreedt als beheerder over andermans goed¹¹⁴.

De zekerheid die erin bestaat dat de schuldenaar er zich toe verbindt een bepaald goed niet te vervreemden of met hypotheek te bezwaren, is een negatieve zekerheid¹¹⁵. Er wordt ingegrepen in het bestuursrecht van de schuldenaar ten aanzien van een bepaald vermogensbestanddeel¹¹⁶. Inherent volgt uit een dergelijke overeenkomst dat de schuldeiser over een controlerecht beschikt teneinde na te gaan of de schuldenaar zijn verbintenis behoorlijk nakomt.

3. *Bestaat er een algemene informatieverplichting tijdens de uitvoering van de overeenkomst?* – Allereerst dient men een onderscheid te maken tussen de informatieverplichting die het directe voorwerp uitmaakt van het contract (bv. contract inzake juridisch advies) en die welke slechts een bijkomende verbintenis van de overeenkomst uitmaakt¹¹⁷. In het eerste geval volgt de verplichting uit art. 1134, eerste lid, B.W. Over het algemeen wordt een adviesverlener ook een ruimere bijstands- en begeleidingsverplichting opgelegd, die wordt gebaseerd op de aanvullende werking van de goede trouw ex art. 1134, derde lid, en art. 1135 B.W. Op grond hiervan wordt de precontractuele informatieverplichting doorgetrokken tot na de sluiting van het contract, behalve voor informatie die het risico-element waaromtrent het contract is gesloten betreft (bv. een verslechtering van de gezondheids-toestand bij een levensverzekering – zie hierna over art. 26 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst)¹¹⁸.

De samenwerkingsplicht van contractanten brengt met zich mee dat men de tegenpartij dient te informeren telkens als de informatie hem een beter genot kan verstrekken van de prestatie die hem als schuldeiser verschuldigd is, of hem kan helpen bij de nakoming van zijn verbintenis als schuldenaar. Het is aan de rechter om te oordelen of de goe-

de trouw in het concrete geval een dergelijke informatieverplichting vereist. Hoewel deze verplichting op grond van de goede trouw ten aanzien van elke overeenkomst zou kunnen bestaan, is het duidelijk dat dit in bepaalde omstandigheden veel eerder wordt aangenomen dan in andere gevallen¹¹⁹. Dit is bv. het geval bij de overeenkomst tussen een leek en een vakman en wordt dan ook meestal bij contracten van dienstverlening aangenomen.

De goede trouw verplicht contractanten eveneens mededeling te doen van omstandigheden die zich voordoen in de loop van de uitvoering van het contract en die deze uitvoering kunnen beïnvloeden¹²⁰. Men dient de tegenpartij in te lichten indien het risico en derhalve de «economie» van het contract is gewijzigd. Behalve in geval van levensverzekering, kredietverzekering en ziekteverzekering, heeft de verzekeringnemer de plicht om in de loop van de overeenkomst de nieuwe omstandigheden of wijzigingen van de omstandigheden aan te geven die risicoverzarend zijn, behoudens indien deze elementen niet kunnen leiden tot een herberekening van de premie tijdens de duur van de overeenkomst (art. 26, § 1, van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst)¹²¹. Binnen een maand na deze mededeling dient de verzekeraar zijn standpunt te bepalen inzake wijziging of opzegging van de overeenkomst, op straffe van verwerking van het recht om zich op deze omstandigheid te beroepen. Men dient de tegenpartij op de hoogte te brengen van alle elementen die de nakoming van diens verbintenis bevorderen of vergemakkelijken. De huurder dient bv. tijdig de verhuurder te waarschuwen omtrent de noodzaak dringende herstellingen uit te voeren aan het verhuurde pand. De verzekeraar die wegens de niet-betaling door de verzekerde een schorsing van de dekking wil doorvoeren, dient de contractant daaromtrent eerst op de hoogte te brengen (artt. 14-16 van de wet op de landverzekeringsovereenkomst).

Bij een kredietovereenkomst wordt de precontractuele (passieve) informatieplicht van de kredietnemer (zie art. 10 van de wet op het consumentenkrediet – § 6/3) normaliter doorgetrokken tijdens de looptijd van de overeenkomst, door een contractueel beding op grond waarvan de kredietnemer verplicht is om alle door de kredietverlener nodig geachte inlichtingen omtrent zijn vermogenstoestand op eerste verzoek ter beschikking te stellen en inzage te verlenen in de boekhouding. Dit informatie- en inzage recht van de kredietverlener moet worden gezien tegen de achtergrond van de strenge toezichtsverplichting die aan de kredietverlener wordt opgelegd omtrent de uitvoering van de kredietovereenkomst en het gebruik van de kredieten (zie § 7/2)¹²². Aldus kan worden aangenomen dat een dergelijk informatie recht ook zonder contractueel beding in die zin aan de kredietverlener toekomt op grond van de artt. 1134-1135 B.W.¹²³. De kredietverlener dient de borg niet op de hoogte te houden van de stijgende schulden van de schuldenaar,

¹¹² Behoudens het beroep op art. 2279 B.W. door de derde te goeder trouw.

¹¹³ DIRIX/DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, 1992, tweede druk, 204, nr. 410.

¹¹⁴ Zie § 8/3.

¹¹⁵ DE BIE, «Juridische aspecten van de negatieve zekerheidsclausule», *Jura Falc.*, 1990-91, 331-358.

¹¹⁶ Zie § 1/1.

¹¹⁷ FRERIKS, 1992, 1238-1243, nrs. 55-61.

¹¹⁸ STORME, 1993, 95, nr. 37.

¹¹⁹ FRERIKS, 1992, 1245-1246, nr. 63.

¹²⁰ *Idem*, 1249-1250, nrs. 68-69.

¹²¹ SCHUERMANS, «De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992», *R.W.*, 1992-93, (689), 709-710, nr. 63.

¹²² Cf. VERWILT, «De rol van de overheid bij het voorkomen van overmatige schuldenlast», *Jura Falc.*, 1991-92, nr. 4, (149), 152.

¹²³ STORME, 1993, 95, met verwijzingen in noot 92.

tenzij anders bedongen is ¹²⁴. Evenmin bestaat een buitencontractuele verplichting van die aard ¹²⁵. In Frankrijk daarentegen geldt een wettelijke jaarlijkse informatieverplichting ten aanzien van de borg (art. 48 van de wet van 1 maart 1984) voor kredietinstellingen die geld uitlenen aan een onderneming tegen borgstelling door een derde ¹²⁶. Bij een kredietovereenkomst in het kader van de wet op het consumentenkrediet bestaat wel een informatieverplichting van de kredietverlener ten aanzien van de borgsteller. Deze laatste moet op de hoogte worden gehouden van de financiële toestand van de kredietnemer. De kredietverlener moet de borg waarschuwen zodra de consument twee betalingen of minstens een vijfde van de totale te betalen som achterstaat. Hij geeft hem kennis van de toegekende betalingsfaciliteiten en deelt hem vooraf elke wijziging van de oorspronkelijke kredietovereenkomst mee (art. 35) ¹²⁷.

De (passieve) verplichting tot het verstrekken van de nodige inlichtingen omtrent de vermogenstoestand en het verlenen van inzage in alle nuttig geachte stukken vervult een zekerheidsfunctie ¹²⁸. De verkregen informatie stelt de schuldeiser in staat om zijn onderpand in concreto in te schatten, zodat hij weet waarop hij zijn verhaalsrecht kan uitoefenen en zo nodig maatregelen tot behoud van dit onderpand kan treffen. De vraag rijst of men buiten de context van de wettelijke of de contractuele informatieverplichting aan een partij kan opleggen, op grond van de aanvullende werking van de goede trouw, om de tegenpartij inzage te verlenen in zijn vermogenstoestand ¹²⁹. Men kan hiertegen opwerpen dat de tegenpartij voor de informatie over de vermogenstoestand van zijn contractant maar een beroep moet doen op de bestaande informatiesystemen (zie III). Deze informatiemechanismen zijn echter verre van ideaal. Het aannemen van een dergelijk algemeen informatierecht komt onvermijdelijk in botsing met het recht op privacy van de schuldenaar (zie B, § 12).

§ 8. PROCESSUELE MECHANISMEN

1. *Overlegging van stukken.* – Tijdens een geschil geldt over het algemeen een sterker inzagerecht dan buiten de context van het geding ¹³⁰. In buitencontractuele verhoudingen ontstaat pas een inzagerecht met het inleiden van een

geding ¹³¹. Krachtens art. 871 Ger.W. kan de rechter aan elke gedingvoerende partij bevelen dat deze het bewijsmateriaal dat zij bezit overlegt. Wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit, kan de rechter op grond van art. 877 Ger.W. bevelen dat dit stuk of een eensluitend verklaard afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd ¹³². De derde die zich op het beroepsgeheim beroept om de gevraagde stukken niet te hoeven afgeven, dient zijn opmerkingen schriftelijk of in raadkamer voor te leggen (art. 878 Ger.W.), waarop de rechter kan oordelen of het beroepsgeheim terecht wordt ingeroepen ¹³³. Ingevolge art. 972 Ger.W. dienen partijen aan de deskundige alle nodige stukken ter hand te stellen en dienen zij getuigenis af te leggen ¹³⁴.

Art. 21 W.Kh. voorziet in de overlegging van de gehele boekhouding van een handelaar in zaken van erfopvolging, gemeenschap, verdeling van vennootschap en faillissementen. Dit betekent dat geheel de boekhouding ter beschikking wordt gesteld van de tegenpartij ¹³⁵. Minder verregaand is de openlegging van een gedeelte of geheel de boekhouding. Op grond van art. 22 W.Kh. kan de rechter in de loop van het geschil de gehele of gedeeltelijke openlegging van de boekhouding van een handelaar bevelen, teneinde daaruit te putten wat de betwisting aangaat. Hier kan de tegenpartij enkel kennis nemen van de passages in de boeken die betrekking hebben op het geschil.

2. *Ontbinding van gemeenschap en verdeling van onverdeeldheid.* – Indien er een ernstig belang bestaat kan, ook door de schuldeiser, vooraf de verzegeling worden gevorderd van een gemeenschap, een nalatenschap of een onverdeeldheid (art. 1148 Ger.W.), normaliter gevolgd door een boedelbeschrijving (art. 1172 Ger.W.). Ook zonder voorafgaande verzegeling kan, onder meer door de schuldeiser, bij een ernstig belang om een boedelbeschrijving worden verzocht (art. 1177 Ger.W.). Vaak wordt een verplichting tot verzegeling en/of opstellen van een boedelbeschrijving opgelegd (zie bv. artt. 466 en 468 Faill.W., art. 794 B.W., art. 1428 B.W.).

3. *Plicht tot rekening en verantwoording.* – In zeer diverse situaties voorziet de wetgever in een verplichting tot rekening en verantwoording van diegene die andermans zaken heeft waargenomen of beheerd. Dit is bv. het geval bij onverdeeldheid en vertegenwoordiging. Pendant van deze verplichting is het recht op informatie ten gunste van de mededeelgenoot of de vertegenwoordigde, of ten bate van de schuldeisers bij het vereffeningsbewind over het vermogen in kwestie. In het eerste geval van deelgenoten of vertegenwoordiging gaat het eigenlijk niet om informatie over ander-

¹²⁴ Zie LANOYE, «Borgtocht en informatieverplichting van de bankier» (noot onder Antwerpen, 15 december 1992), *R.W.*, 1992-93, 1032, nr. 3, en de verwijzingen naar recente rechtspraak aldaar.

¹²⁵ Antwerpen, 15 december 1992, *R.W.*, 1992-93, 1030, noot LANOYE.

¹²⁶ Zie onder meer Cass.fr.com., 7 april 1992, *J.C.P.*, 1993, II, 22009, noot PICOD; CROZE, «Conditions dans lesquelles un établissement de crédit doit informer les cautions d'entreprises» (noot onder Parijs, 12 juni 1992), *J.C.P.*, 1993, II, 21988.

¹²⁷ Zie LETTANY, 1992, 227-228, nrs. 256-257.

¹²⁸ Zie § 7/1. Cf. GUYON, «Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté», *Rev.Jur.Comm.*, 1982, 121.

¹²⁹ Dezelfde vraag rijst, nog acuter, op het ogenblik dat een schuldeiser wenst over te gaan tot gedwongen tenuitvoerlegging en daarbij onvoldoende zicht heeft op zijn verhaalsmogelijkheden (§ 9).

¹³⁰ Cf. SALAH-BEY, «Les droits de la défense liés à l'information dans le procès civil», in *L'information en droit privé*, Parijs, 1978, 73-88.

¹³¹ STORME, 1993, 81-82, nr. 25.

¹³² STIJNS, «De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek», *Jura Falc.*, 1984-85, 199-222; STORME, «De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatsproces en bewijsrecht», *T.P.R.*, 1990, (353), 474-476, nr. 83.

¹³³ Cass., 30 oktober 1978, *Pas.*, 1979, I, 248.

¹³⁴ Behoudens uitzonderingen zoals het beroepsgeheim.

¹³⁵ VAN HULLE, «Boekhoud- en jaarrekeningrecht», *Beginselen van Belgisch privaatrecht, XIII. Handels- en economisch recht. Deel 1. Ondernemingsrecht. Volume A*, Brussel, 1989, derde druk, (185), 197, nr. 164.

mans vermogen, maar om informatie over het eigen vermogen, aangezien een derde die het beheer van het eigen vermogen of een deel daarvan heeft waargenomen, daarover nu verantwoording aflegt. In het geval van de rekening en verantwoording die door de bewindvoerder van een vereffeningsbewind wordt afgelegd aan de schuldeisers, gaat het wel over informatie over andermans vermogen, namelijk over het vermogen van de schuldenaar ¹³⁶.

In de artt. 1358-1369 Ger.W. is de algemene procedure inzake rekening en verantwoording vastgelegd. Om de efficiënties van deze procedure te ondervangen wordt, voor een efficiëntere uitoefening van het controlerecht, vaak in kort geding (art. 584, vierde lid, 1° Ger.W.), de aanstelling van een sekwester (art. 1961 B.W.) of een voorlopige bewindvoerder gevorderd ¹³⁷.

In het familie- en familievermogensrecht zijn diverse voorbeelden te vinden van de plicht tot rekening: het ouderlijk beheer (art. 379 B.W.), de voogdij (art. 469 B.W.), het voorlopig bewind (art. 488bis,c, § 3, B.W.), de beneficiëaire aanvaarding van een nalatenschap (art. 803 B.W.), de testamentuitvoerder (art. 1031, vijfde lid, B.W.). Een vergelijkbare verplichting bestaat in de fiduciaire verhoudingen, zoals bv. bij de inning van een in pand gegeven of tot zekerheid overgedragen schuldvordering (art. 3 Wet Pand in handelszaken) of bij de overgang van de vordering van de ten dele vergoede kredietverzekerde op de verzekeraar (art. 75, Wet 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst) ¹³⁸. De plicht tot rekening bestaat ook voor de lasthebber (art. 1993 B.W.) ¹³⁹ en de zaakwaarnemer (art. 1372, tweede lid, B.W.), en voor een ieder die het goed van een ander onder zich had zoals de bruiklenner, de bewaarnemer, de pandhouder ¹⁴⁰, de lessor, de huurder.

Vennoten zijn verplicht tot rekening wanneer zij zich hebben verbonden tot inbreng van hun nijverheid (art. 1847 B.W.). De vennootschapswet voorziet in een plicht tot rekening door de bestuurders over hun beleid (artt. 77 en 79, derde lid, Venn.W.). Elke vennoot beschikt over een individuele controle- en onderzoeksbevoegdheid, die statutair niet kan worden beperkt, behoudens de aanstelling van een commissaris-revisor of een controlerend vennoot ¹⁴¹. De

aanstelling van een commissaris is verplicht voor de grotere vennootschappen: krachtens art. 64, § 1, Venn.W. wordt het controlerecht op de financiële toestand, de jaarrekening en de regelmatigheid van de verrichtingen weergegeven in de jaarrekening, uitgeoefend via een of meer commissarissen (art. 64 Venn.W.) die een inzagerecht hebben in alle boeken, brieven, notulen en in het algemeen in alle documenten en geschriften van de vennootschap en die van de bestuurders, gemachtigden of aangestelden van de vennootschap alle ophelderingen en inlichtingen kunnen vorderen en alle verificaties kunnen verrichten die zij nodig achten (art. 64sexies Venn.W.) ¹⁴².

§ 9. GEDWONGEN TENUITVOERLEGGING

De behoefte aan informatie over het vermogen van de schuldenaar is zeer acuut in het kader van de uitoefening van het verhaalsrecht. Met het oog op de procedure van gedwongen tenuitvoerlegging dient de schuldeiser een zo volledig mogelijk inzicht te hebben in de vermogenssituatie van de uit te winnen schuldenaar. De schuldeiser moet kunnen inschatten wat zijn verhaalsmogelijkheden zijn.

1. *Algemeen vereffeningsbewind met ontzetting van bezit.* — Bepaalde gevallen van algemeen vereffeningsbewind impliceren een algehele ontzetting van bezit van de schuldenaar of de gerechtigde op het vermogen. De vereffening gebeurt door een derde die als bewindvoerder optreedt. Deze bewindvoerder dient neutraal te handelen ¹⁴³. Hij treedt niet op in eigen naam, evenmin exclusief voor de gerechtigde of voor de schuldeisers. Zijn opdracht is gericht op een doelstelling, namelijk de vereffening van het vermogen. Een typisch voorbeeld is de curator van het faillissement. Ontzetting van bezit treedt ook op bij boedelafstand (artt. 1625 e.v. B.W.). Ook bij de onbeheerde nalatenschap treedt een derde, de curator, op als bewindvoerder (art. 813 B.W.). Overlegging van geheel de boekhouding van een handelaar is ook in deze gevallen evident en wordt trouwens door art. 21 W.Kh. voorgeschreven.

Bij de aangifte dat hij heeft opgehouden te betalen voegt de gefailleerde de volledige informatie omtrent zijn vermogensstoestand (art. 441 Faill.W.). Vanaf de dag van de faillietverklaring verliest de schuldenaar het recht op beschikking en beheer over zijn vermogen (art. 444 Faill.W.), dat totaal onder het bewind wordt gesteld van de curator met het oog op de realisatie en de vereffening van dit vermogen ten gunste van de schuldeisers. De curator verkrijgt volledige inzage en beschikking over het vermogen van de schuldenaar ¹⁴⁴. Hij geniet, onder toezicht van de rechter-commissaris, de meest verregaande vorm van rechtstreekse informatieverstrekking over andermans vermogen (artt. 466-494 Faill.W.) ¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

¹³⁶ Zie §§ 9/1 en 9/2. Men kan opwerpen dat dit dan toch geen vorm van rechtstreekse informatieverstrekking over andermans vermogen is. Ik denk dat deze vorm van informatieverstrekking toch hierbij kan worden ingedeeld, omdat de bewindvoerder zoals de curator van het faillissement toch ook (hoewel niet exclusief) optreedt voor de schuldenaar en diens belangen waarneemt.

¹³⁷ Zie onder meer BLONTRÖCK, «De gerechtelijk bewindvoerder. Analyse van de rechtspraak», *T.Not.*, 1991, 2; TILLEMANS, «De voorlopige bewindvoerder: een laatste redmiddel», *T.R.V.*, 1990, 324; TILLEMANS, «Het restrictief karakter van de aanstelling van een voorlopig bewindvoerder geïllustreerd», *T.R.V.*, 1991, 53; TILLEMANS, «Het gerechtelijke sekwester in vennootschapsgeschillen», *T.R.V.*, 1993, 503-523.

¹³⁸ SCHUERMANS, o.c., *R.W.*, 1992-93, 736, nr. 147.

¹³⁹ Cass., 23 juni 1983, *R.W.*, 1984-85, 392.

¹⁴⁰ Zie § 7/2.

¹⁴¹ GEENS, «Over de uitgestrektheid van de individuele onderzoeks- en controlebevoegdheid van de vennoot en over zijn vertegenwoordiging door een accountant», *T.R.V.*, 1989, 224-227; VANDEPITTE/GOLLIER, «De individuele controlebevoegdheid van de vennoot in kleine en middelgrote vennootschappen: enkele beschouwingen», *T.R.V.*, 1990, 574-578.

¹⁴² Zie § 13/2.

¹⁴³ VAN GERVEN; «Een verwaarloosde vorm van handelen voor andermans rekening: naamloos of neutraal handelen», *Album Professor Fernand Van Goethem*, Antwerpen, 1964, 179-183.

¹⁴⁴ Cf. H.R., 20 september 1991, *N.J.B.*, 1991, 1434 (zie ook § 9/3).

¹⁴⁵ Recente wijzigingen van de Faill.W., nl. van de artt. 472, 473, 524, 583, 587, 596, 601 en 607 Faill.W., door de artt. 17-24, van de programmawet van 24 december 1993 (*B.S.*, 31 december 1993).

Naast de verhouding van de schuldenaar tegenover de bewindvoerder is er de verhouding van de bewindvoerder tegenover de schuldeisers en gerechtigden in het vermogen. Op de bewindvoerder rust een informatieverplichting omtrent het vereffende vermogen die tot uiting komt in de verplichting tot het doen van rekening en verantwoording¹⁴⁷. Het faillissement wordt afgesloten nadat de door de curator voorgelegde rekeningen zijn goedgekeurd en hem kwijting is verleend¹⁴⁸. De beheerder van een beneficiaire of onbeheerde nalatenschap moet van zijn beheer rekening en verantwoording doen aan de schuldeisers en de legatarissen (art. 803, eerste lid, B.W.)¹⁴⁹.

2. Algemeen vereffeningsbewind zonder ontzetting van bezit

2.1. *Vereffenaar is geen derde.* – Bij het gerechtelijk akkoord, het uitstel van betaling (artt. 593 e.v. Faill.W.), de ontbinding en vereffening van een vennootschap (artt. 179-180 Venn.W.) of een andere rechtspersoon, de beneficiaire nalatenschap (art. 803 B.W.) en de boedelscheiding op verzoek van de schuldeisers van de nalatenschap (art. 878 B.W. en art. 39 Hyp.W.) is er geen ontzetting van bezit. In deze gevallen treedt in principe de gerechtigde op het vermogen zelf op als vereffenaar.

A fortiori zal ook hier de vereffenaar steeds rekening en verantwoording over zijn beheer moeten doen ten aanzien van eventuele andere gerechtigden en schuldeisers. Dit is het geval voor de vereffenaars van een vennootschap (artt. 186-188 Venn.W.). De beneficiaire erfgenaam dient, op straffe van verval van zijn voorrecht, een boedelbeschrijving van de nalatenschap te laten opstellen (art. 794 B.W.). Hij dient rekening en verantwoording te doen aan de schuldeisers en de legatarissen (art. 803, lid 1, B.W.).

2.2. *Betrokkenheid van een derde bij het bewind.* – Toch is ook in deze gevallen vaak een derde bij het vereffeningsbewind betrokken. Allereerst wordt soms verplicht het toezicht door een derde opgelegd. In het kader van dit toezicht heeft deze derden uiteraard een onderzoeksbevoegdheid. Dit is bv. het geval bij gerechtelijk akkoord (toezicht door de rechter-commissaris, eventueel bijgestaan door deskundigen met onderzoeksbevoegdheid: artt. 11, 12, 37 wet gerechtelijk akkoord) en bij uitstel van betaling (toezicht door een commissaris: artt. 600, tweede lid, en 602 Faill.W.). De vereffenaars van een vennootschap brengen jaarlijks verslag uit ten aanzien van de algemene vergadering en leggen de rekening met de stukken ter staving voor. De algemene vergadering benoemt commissarissen om die stukken te onderzoeken (art. 188 Venn.W.).

¹⁴⁶ De doorlichting van bedrijven en onderzoeken en controles naar hun vermogenstoestand door de dienst handelsonderzoeken van de rechtbank van koophandel wordt gebaseerd op de ambts-halve bevoegdheid van de rechtbank om het faillissement uit te spreken. Men beschikt hierbij slechts over onrechtstreekse middelen, met name de dreiging het faillissement uit te spreken, om de handelaar tot medewerking te dwingen. Zie ook § 13/1.

¹⁴⁷ Zie § 8/3.

¹⁴⁸ VEROUGSTRAETE/VAN SCHOUBROECK, «Faillissement en aanverwante procedures», *Beginnelen van Belgisch privaatrecht. XIII. Handels- en economisch recht. Deel 1. Ondernemingsrecht. Volume A*, Brussel, 1989, derde uitgave, (227), 281, nr. 266.

¹⁴⁹ Zie § 9/2.1.

De betrokkenheid van de derde kan ook verder gaan en erin bestaan dat een derde als bewindvoerder optreedt, en niet meer de gerechtigde op het vermogen. Bij de beneficiaire aanvaarding bv. kan elke belanghebbende, indien de belangen van de schuldeisers van de nalatenschap of van de legatarissen in het gedrang komen wegens nalatigheid van de beneficiaire erfgenaam of wegens diens vermogenstoestand, vorderen dat de beneficiaire erfgenaam voor de vereffening van de nalatenschap wordt vervangen door een beheerder (art. 804 B.W.)¹⁵⁰.

3. *Partieel vereffeningsbewind. Beslag.* – Bij het (individuele) beslag wordt de schuldenaar-beslagene niet uit het bezit ontzet. De ontzetting van bezit kan worden bereikt door de aanstelling van een sekwester (artt. 1961 e.v. B.W.). De gerechtsdeurwaarder is de bewindvoerder van een partieel vereffeningsbewind: een specifiek vermogensbestanddeel wordt uit het vermogen geïsoleerd met het oog op de realisatie ervan ten bate van de samenlopende schuldeisers.

Terecht wordt gesteld dat het probleem voor de concurrente schuldeisers (gewone schuldeisers en schuldeisers met een algemeen voorrecht) niet zozeer gelegen is in de controle over de beslagen goederen, maar veeleer in het kunnen bepalen van de verhaalsmogelijkheden. Het probleem rijst aldus voorafgaand aan het beslag, namelijk bij de vraag naar de precieze samenstelling van het onderpand en de vraag welk goed in beslag kan worden genomen¹⁵¹. De beschikbare mechanismen zijn beperkt. Hoewel de verplichting tot overlegging van geheel de boekhouding beperkt blijft tot de gevallen van vereffening van het vermogen¹⁵², kan in het kader van een geschil toch de gedeeltelijke of gehele inzage in de boekhouding worden gevorderd op grond van art. 22 W.Kh.¹⁵³. Bij derdenbeslag is de derde beslagene verplicht een nauwkeurige schuldenaarsverklaring af te leggen (art. 1452 Ger. W.), op straffe van zelf geheel of ten dele schuldenaar te kunnen worden verklaard van de oorzaken en kosten van het beslag (art. 1456 Ger.W.). Daarnaast kan de schuldeiser voor de bepaling van zijn verhaalsmogelijkheden terecht in de diverse informatiesystemen waarin gegevens over de vermogenstoestand van zijn schuldenaar zijn opgenomen. De nogal chaotische organisatie van deze informatiesystemen (zie III) leidt tot de conclusie dat de informatiemogelijkheden voor de individuele schuldeiser al te beperkt zijn¹⁵⁴, zodat zelfs wordt gesteld dat de enige mogelijkheid om de nodige informatie over de verhaalsmogelijkheden te verkrijgen erin bestaat het faillissement van de schuldenaar aan te vragen en te hopen dat een doortastende curator wordt aangesteld¹⁵⁵.

Een mogelijke oplossing kan erin bestaan dat aan de schuldeiser die over een uitvoerbare titel beschikt, een inzage- en informatierecht omtrent de vermogenstoestand van

¹⁵⁰ Een dergelijke vervanging kan ook geschieden op verzoek van de beneficiaire erfgenaam zelf (art. 803bis B.W.).

¹⁵¹ Deze bekommernis vormt de keerzijde van de medaille waarbij gezocht wordt naar mechanismen ter bescherming van de schuldenaar tegen beslagmisbruik en schuldenoverlast. Zie daarover DIRIX, «Overmatige schuldenlast en de consument: beslagrechtelijke aspecten», *Jura Falc.*, 1991-92, nr. 4, 137-148, i.h.b. 141-143, nr. 7.

¹⁵² Zie §§ 8/1 en 9/1.

¹⁵³ Zie § 8/1.

¹⁵⁴ DE CORTE, 1983, 346, nr. 11.

¹⁵⁵ STORME, 1993, 78-79, nr. 23.

zijn schuldenaar wordt toegekend. De schuldenaar zou zijn schuldeiser de nodige inzage in zijn vermogen moeten verlenen met het oog op diens verhaalsrecht. Meer nog dan de hypothecaire of de pandhoudende schuldeiser is dit van belang voor de gewone concurrente schuldeisers, namelijk de gewone schuldeisers en de schuldeisers met een algemeen voorrecht ¹⁵⁶.

Een dergelijk informatierecht zou kunnen worden gebaseerd op de artt. 7 en 8 Hyp.W. krachtens welke het gehele vermogen van een schuldenaar tot onderpand dient van zijn schuldeiser en op de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst ¹⁵⁷. Deze argumentatie werd onlangs door de Nederlandse Hoge Raad afgewezen ¹⁵⁸. Toch wordt aanvaard dat een schuldenaar in principe verplicht is om aan de schuldeiser die tegen hem een veroordeling tot betaling van een geldsom verkreeg, inlichtingen te verschaffen omtrent zijn inkomens- en vermogenspositie en omtrent voor verhaal vatbare goederen. In het Nederlandse recht wordt dit beginsel uitdrukkelijk verwoord in het door de Wet van 13 december 1990 ingevoerde art. 475g van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat een schuldenaar verplicht om aan een gerechtsdeurwaarder die tegen hem beslag kan leggen, zijn bronnen van inkomsten op te geven. Bovendien is iedereen, ook buiten het geval van derdenbeslag, aan wie wordt gevraagd of hij aan de schuldenaar periodieke betalingen verricht of verschuldigd is, verplicht dit schriftelijk te beantwoorden. Ondanks het bestaan van deze informatieverplichting van de schuldenaar aanvaardt de Hoge Raad niet dat dit kan leiden tot een recht op overlegging van de boekhouding aan een individuele schuldeiser. Dit moet worden overgelaten aan de curator van het faillissement die optreedt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en onder toezicht van de rechter-commissaris. Het informatierecht van de schuldeiser wordt aldus beperkt en onderworpen aan een zekere controle of beveiliging, wat volgens de Hoge Raad wenselijk is met het oog op de vraag of het afdwingen van de afgifte van stukken in redelijke verhouding staat tot het beoogde doel.

Ook het nieuwe Franse beslagrecht ¹⁵⁹ voorziet uitdrukkelijk in een aantal mechanismen voor het opsporen van informatie over de vermogenstoestand van de schuldenaar tegen wie een uitvoerbare titel bestaat. De procureur moet op verzoek van de instrumenterende gerechtsdeurwaarder de nodige maatregelen treffen om het adres te kennen van de instellingen waarbij de schuldenaar een rekening heeft, alsook om het adres te vinden van de schuldenaar ¹⁶⁰ of van zijn werkgever (art. 39 van de wet van 9 juli 1991 en art. 54 van het decreet van 31 juli 1992). De aldus verkregen inlichtingen mogen enkel worden gebruikt in het kader van de maatregel noodzakelijk voor de uitvoering van de welbe-

paalde titel waarvoor de inlichtingen zijn gevraagd. De verkregen gegevens kunnen niet aan derden worden meegegeeld, en mogen evenmin worden verwerkt in een gegevensbestand (art. 41, eerste lid, van de wet van 9 juli 1991).

B. Begrenzing van het recht op rechtstreekse informatie op grond van de privacy

§ 10. GEEN ONBEPERKT RECHT OP INFORMATIE

Het recht van de schuldeiser om rechtstreeks van zijn schuldenaar informatie te verkrijgen omtrent diens vermogenstoestand is niet absoluut of onbepaald. De belangrijkste begrenzing van dit recht is gelegen in het recht op privacy van de schuldenaar. Maar ook het verbod van rechtsmisbruik en eventueel ook de vrijheid van handel en nijverheid kunnen worden ingeroepen tegen de uitoefening van informatie- en controlerechten ten aanzien van het vermogen van de schuldenaar ¹⁶¹. Zo zou een in franchising- en kredietovereenkomsten bedongen inzage- en controlerecht in strijd kunnen zijn met het mededingingsrecht. Ook kan de controle zo ver gaan dat de derde feitelijk kan worden beschouwd als een bestuurder van de vennootschap ¹⁶².

§ 11. BEPERKING DOOR HET RECHT OP PRIVACY VAN DE SCHULDENAAR

De botsing van twee fundamentele rechten, informatie van de schuldeiser en privacy van de schuldenaar, kan slechts worden opgelost door een belangenafweging. Het tweede lid van art. 8 E.V.R.M. laat een inmenging in het privé-leven slechts toe voor zover dit bij de wet is voorzien en nodig is in een democratische samenleving voor bepaalde verheven doeleinden, waaronder de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen ¹⁶³. Het recht op informatie over de vermogenstoestand van de schuldenaar vormt geen inbreuk op de privacy van deze laatste en is gerechtvaardigd indien dit informatierecht een wettelijke grondslag heeft en daarenboven in evenredigheid staat tot het beoogde doel ¹⁶⁴.

¹⁶¹ STORME, 1993, 99, nr. 40 en 104, nr. 46.

¹⁶² Cf. CORNELIS, o.c., T.P.R., 1986, 388-390, nr. 36; VAN OMME-SLAGHE/SIMONT, o.c., T.P.R., 1986, 1111-1113, nrs. 29-32.

¹⁶³ Zie § 4/2.

¹⁶⁴ Informatieplichten tijdens de precontractuele fase vormen geen inbreuk op de privacy omdat aan de informatieverplichting geen afdwingbaar inzage- en informatierecht beantwoordt. Immers, het staat de onderhandelende partij die bepaalde informatie niet wenst te geven vrij dit niet te doen, zodat er geen inbreuk op zijn recht op privacy ontstaat. De enige conclusie die de andere partij uit de informatieweigering (indien dit tenminste zo uitdrukkelijk bekend is) kan trekken is dat het contract niet kan worden gesloten. Wel zal de informatie weigerende partij eventueel kunnen worden veroordeeld tot betaling van schadevergoeding (culpa non in contrahendo). Indien het contract toch tot stand is gekomen kan hij worden gesanctioneerd op grond van dwaling of bedrog (nietigverklaring) of culpa in contrahendo (schadevergoeding). Zie § 6.

¹⁵⁶ Cf. STORME, 1993, 96, nr. 37.

¹⁵⁷ Zie § 7/3.

¹⁵⁸ H.R., 20 september 1991, N.J.B., 1991, 1434.

¹⁵⁹ Wet nr. 91-650 van 9 juli 1991 «portant réforme des procédures civiles d'exécution» en decreet nr. 92-755 van 31 juli 1992 «instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650». Zie TAORMINA; *Le nouveau droit des procédures d'exécution et de distribution*, Parijs, 1993.

¹⁶⁰ Cf. Cass.fr., 30 juni 1992, Dalloz, 1993, Jur., 421, noot GUIHO, (zie § 2.6).

§ 12. WETTELIJKE GRONDSLAG

Het vereiste van wettelijke grondslag dient niet te worden begrepen als een wet in de formele zin, doch als «een regel met een bijzondere precisie wat betreft de toegestane inmenging»¹⁶⁵. Men kan aannemen dat bepalingen als art. 877 Ger.W. en de artt. 21-22 W.Kh. aan deze voorwaarde voldoen. Hetzelfde geldt voor de aangehaalde bepalingen uit de wetten op het consumentenkrediet, de landverzekeringsovereenkomst en de wet handelspraktijken.

Een probleem rijst voor de contractueel bedongen inzage- en informatierechten. Hoewel men kan aanvoeren dat de contractuele aard van dergelijke rechten de schuldenaar tot wet strekt, lijkt het toch noodzakelijk dat dergelijke bedingen in voldoende mate preciseren en concretiseren waarin het informatierecht bestaat en omtrent welke stukken inzage wordt verleend. Een algemeen inzage- en informatierecht van de schuldeiser inzake de solvabiliteit van de schuldenaar tijdens de uitvoering van de overeenkomst, buiten de context van de contractueel gestipuleerde inzage-rechten, is niet verdedigbaar. Hier zou de enige basis voor dit recht gelegen zijn in het sluiten van de overeenkomst zelf, meer bepaald in de wettelijke verplichting tot uitvoering te goeder trouw (artt. 1134-1135 B.W.). Van een precisering omtrent aard en omvang van een dergelijk recht is geen sprake, zodat dit een ongeoorloofde inmenging in het privé-leven van de schuldenaar uitmaakt en niet kan worden aanvaard.

Belangrijker is de vraag of een informatierecht omtrent de verhaalsmogelijkheden kan worden afgedwongen door de schuldeiser die tot beslag wenst over te gaan. Buiten art. 22 W.Kh. is er geen wettelijke grondslag voorhanden. Zonder wettelijke grondslag kan een dergelijk informatierecht niet worden aanvaard. Wetgeving naar het Nederlandse of Franse voorbeeld¹⁶⁶ is noodzakelijk¹⁶⁷.

§ 13. PROPORTIONALITEIT

1. *Minst schadelijke weg.* — De inmenging in het privé-leven van de schuldenaar door de inzage-, controle- of informatierechten van de schuldeiser omtrent het vermogen van de schuldenaar moet in evenredigheid staan tot het beoogde doel. De informatie moet relevant en proportioneel zijn in het kader van de bescherming van de schuldeisers. De inmenging mag niet verder gaan dan nodig om de rechten van de tegenpartij te beschermen, bv. de controle inzake de behoorlijke nakoming door de schuldenaar van zijn verbintenissen of een inzicht verkrijgen in zijn verhaalsmogelijkheden rekening houdend met de aard en de omvang van de vordering.

Zo acht de Nederlandse Hoge Raad het voor de inachtneming van het evenredigheidsbeginsel noodzakelijk dat de afgifte van bepaalde stukken niet gebeurt aan een individuele schuldeiser, maar aan de curator van het faillissement onder toezicht van een rechter-commissaris¹⁶⁸. De praktijk van doorlichting van bedrijven en onderzoeken en controles

naar hun vermogenstoestand door de dienst handelsonderzoeken van de rechtbank van koophandel, is, voor zover de wettelijke grondslag hiervoor al voldoende precies kan worden geacht¹⁶⁹, slechts gerechtvaardigd in zoverre het proportionaliteitsprincipe wordt nageleefd. Slechts ondernemingen waaromtent objectieve symptomen over een mogelijke staking van betaling bestaan, kunnen worden doorgeleucht. Stelselmatige doorlichting van bedrijven vormt een inbreuk op de privacy¹⁷⁰.

2. *Informatie bezorgd aan een neutrale derde.* — Dit vereiste van de minst schadelijke weg kan ertoe leiden dat men het inzage-recht niet door de schuldeiser zelf laat uitoefenen, maar door een neutrale derde die dan gebonden is aan een plicht tot geheimhouding. Aldus wordt een deskundige aangesteld die alle stukken mag inzien¹⁷¹, maar aan de controlegerechtigde enkel de resultaten van zijn onderzoek en welbepaalde relevante informatie mag meedelen¹⁷². In het vennootschapsrecht wordt de onderzoeksbevoegdheid van vennoten sterk aan banden gelegd door middel van de figuur van de commissaris-revisor¹⁷³. Deze heeft een zeer ruime onderzoeksbevoegdheid, maar is gehouden door een beroepsgeheim¹⁷⁴. Aan de aandeelhouders legt hij slechts de bevindingen van zijn onderzoek voor in de vorm van een omstandig schriftelijk verslag (art. 65 Venn. W.). Bij een beslag inzake namaak wordt de beschrijving van de voorwerpen en documenten in kwestie gedaan door een door de rechtbank aangestelde deskundige (art. 1481 Ger.W.). Art. 1488 Ger.W. verbiedt het gebruik of de openbaarmaking van door het onderzoek verkregen stukken, indien men niet ten gronde dagvaardt¹⁷⁵.

3. *Inzagerecht voor de beslagleggende schuldeiser via de gerechtsdeurwaarder.* — Een wettelijke grondslag op grond waarvan de schuldeiser in het kader van de gedwongen tenuitvoerlegging een vorm van inzage-recht heeft in de vermogenstoestand van de schuldenaar is noodzakelijk¹⁷⁶. Ook hier dient het principe van de evenredigheid te worden gerespecteerd.

De proportionaliteit speelt op twee vlakken. In de eerste plaats moet de inzage niet worden verleend aan de schuldeiser zelf, maar aan een neutrale derde¹⁷⁷, namelijk de instrumenterende gerechtsdeurwaarder, die slechts gebruik zal maken van de informatie voor zover nodig in het kader van zijn opdracht en verder gehouden is door zijn beroepsgeheim.

¹⁶⁹ Namelijk de bevoegdheid van de rechtbank van koophandel tot het ambtshalve uitspreken van het faillissement (zie ook 9/1).

¹⁷⁰ Zeker gelet op het ontbreken van een echt precieze wettelijke grondslag. Zie VEROUWSTRAETE/VAN SCHOUWBROECK, o.c., 230.

¹⁷¹ Cf. Kg. Bergen, 20 maart 1989, *Act.Dr.*, 1992, 1341, noot DEHIN.

¹⁷² Zie STORME, 1993, 102, nr. 42.

¹⁷³ Zie § 8/3 in fine.

¹⁷⁴ Cf. K.B. van 10 januari 1994 betreffende de plichten van de bedrijfsrevisoren, *B.S.*, 18 januari 1994.

¹⁷⁵ Over de proportionaliteit van een *Anton Piller order* (in het concrete geval een soort van combinatie van bewarend beslag en beslag inzake namaak) in het kader van de inmenging in de privacy: zie E.H.R.M., 30 maart 1989, *Publ. Cour.*, Reeks A, Volume 152-A.

¹⁷⁶ Zie § 12.

¹⁷⁷ Zie § 13/2.

¹⁶⁵ STORME, 1993, 99, nr. 41, met verwijzingen in noot 99 en verder ook 100-101.

¹⁶⁶ Zie § 9/3.

¹⁶⁷ Zie verder § 13/3.

¹⁶⁸ Zie § 9/3.

Bovendien dient de schuldenaar geen inzage te verschaffen in de totaliteit van zijn vermogen. Ook het vrije keuzerecht dat de schuldeiser bij de uitvoering geniet, kan dit niet rechtvaardigen. Voor de uitoefening van dit recht zal de schuldeiser zich enkel kunnen beroepen op de bestaande informatiesystemen. Het informatie- of inzagerecht van de beslagleggende schuldeiser bestaat slechts in zoverre dit evenredig is met het beoogde doel, namelijk de voldoening van zijn vordering. In de mate waarin de schuldeiser voldoende informatie over het vermogen kan vinden in de bestaande informatiesystemen, bv. in het hypotheekkantoor omtrent het onroerend vermogen van de schuldenaar, en voor zover beslag op deze goederen de betrokken schuldvordering kan voldoen, heeft de schuldeiser geen inzagerecht. Hetzelfde geldt voor de hypotheccaire, pandhoudende of bijzonder bevoorrechte schuldeiser wiens vordering kan worden voldaan door de realisatie van het goed waarop zijn zekerheid rust.

Indien de schuldenaar echter onvermogen lijkt te zijn en de schuldeiser geen voor beslagbare goederen of inkomsten kan vinden, of de gewone of algemeen bevoorrechte schuldeiser enkel gehypothekeerde, verpande of bijzonder bevoorrechte goederen kan vinden die niet volstaan om zijn rechten te voldoen, moet de schuldenaar kunnen worden gedwongen om aan deze schuldeiser inzage te verlenen in zijn inkomsten of hem voor verhaal vatbare goederen aan te wijzen. De schuldenaar dient slechts die informatie vrij te geven die nodig is in het kader van het verhaalsrecht van de schuldeiser.

III. ONRECHTSTREEKSE INFORMATIEVERSTREKKING

A. Informatiesystemen

§ 14. INFORMATIESYSTEMEN GEORGANISEERD DOOR DE OVERHEID

1. *Verplichting voor de overheid.* — Het verzamelen van gegevens over het vermogen en het opzetten van een systeem van publiciteit is een verplichting voor de overheid, die in de artt. 7 en 8 Hyp.W. het vermogen van een schuldenaar bestemd heeft tot onderpand voor de schuldeisers¹⁷⁸. De overheid dient het voor de schuldeiser mogelijk te maken om op bepaalde plaatsen gegevens omtrent het vermogen van zijn schuldenaar te krijgen. Het verzamelen en verwerken van gegevens door de overheid is derhalve zeker een toelaatbare activiteit. De vraag rijst volgens welke principes deze informatiesystemen moeten functioneren, meer bepaald in hoeverre en hoe de gegevens toegankelijk zijn voor derden (B).

De publiciteit die door de overheid wordt georganiseerd, is ruimer dan de loutere verzameling en verwerking van informatie in een gegevensbestand¹⁷⁹. Als verwerking van gegevens in een bestand¹⁸⁰ kan worden beschouwd de publiciteit die bestaat in het vermelden van gegevens in een register (bv. hypotheekkantoor, rijksregister, bevolkingsregister), in publikatie van gegevens in het Belgisch Staatsblad,

of in het deponeren van documenten bij een publieke instantie (bv. bij de griffie van een rechtbank).

2. *Gevolgen van publiciteit door de overheid georganiseerd.*

— Ten aanzien van de door de overheid georganiseerde publiciteit, rijst eerst de vraag naar de juridische gevolgen daarvan. Rechtshandelingen sorteren effect tegenover derden in die zin dat derden die kennis hebben van een rechtsgeldige rechtshandeling het bestaan ervan als feit dienen te erkennen¹⁸¹. De rechtshandeling kan worden tegengeworpen aan derden. Ingevolge de relativiteit van de overeenkomst binden de interne gevolgen enkel de partijen. De kennis van derden omtrent het bestaan van een rechtshandeling wordt door de publiciteit beïnvloed¹⁸².

In het meeste extreme geval is de publiciteit zelfs een voorwaarde voor de rechtsgeldigheid van de rechtshandeling in kwestie, zodat bij gebrek aan publiciteit de rechtshandeling in elk geval niet kan worden tegengeworpen aan derden, daar ze zelfs niet rechtsgeldig is tussen partijen (bv. overschrijving vonnis van echtscheiding).

Een tweede type van publiciteit wordt voorgeschreven met het oog op de tegenwerpbaarheid aan derden. Akten tot overdracht of aanwijzing van onroerende zakelijke rechten die overgeschreven zijn in de registers van de hypotheekbewaarder (artikel 1 Hyp.W.), kunnen aan elke derde worden tegengeworpen, ook aan hen die geen feitelijke kennis heeft van de transactie in kwestie en dus te goeder trouw is. Door de overschrijving wordt hij immers geacht kennis te hebben, behoort hij op de hoogte te zijn van de rechtshandeling. Ten aanzien van de derde te goeder trouw vormt de overschrijving een afwijking van het gemene recht dat rechtshandelingen slechts kunnen worden tegengeworpen aan derden die er kennis van hebben. De overschrijving is een fictie waarmee *actual notice* wordt vervangen door *constructive notice*. De inschrijving van hypotheeken en voorrechten (artikel 81 Hyp.W.) wijkt nog meer af van het gemene recht door te stellen dat zonder de inschrijving de hypotheek of het voorrecht eenvoudig niet tegenwerpbaar is aan derden, ook niet aan de derde die feitelijke kennis heeft van de hypotheek of voorrecht en dus te kwader trouw is. Naar analogie van dit systeem van de inschrijving, wordt ervoor gepleit om de overschrijving inzake overdracht en aanwijzing van onroerende zakelijke rechten verplicht te stellen voor de tegenwerpbaarheid van elke overdracht, ook tegenover derden te kwader trouw¹⁸³. Een dergelijke regel is veel eenvoudiger en komt de rechtszekerheid ten goede¹⁸⁴.

Een derde soort van publiciteit beoogt enkel de vergemakkelijking van de bewijslast (bv. register van de burgerlijke stand, bevolkingsregister) en een vierde type heeft louter de informatie van derden op het oog (bv. berichten van beslag, balanscentrale, lijsten V.Z.W.). Ook in deze gevallen heeft de publiciteit een invloed op de tegenwerpbaarheid van de rechtshandelingen in kwestie. Door de publiciteit wordt de kring van derden die feitelijke kennis hebben ver-

¹⁷⁸ Zie §§ 1/1 en 2/1.

¹⁷⁹ Zie § 2/6 in fine.

¹⁸⁰ Voor een definitie, zie § 17/1.2.

¹⁸¹ Cass., 27 mei 1909, *Pas.*, 1909, I, 272; DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, 1984.

¹⁸² VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Brussel, 1987, 372-384, nrs. 119-122.

¹⁸³ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VII, Brussel, 1957, tweede druk, 1016, nr. 1128/3; MASSON, o.c., *Rev.Not.B.*, 1978, 408.

¹⁸⁴ DE CORTE/VERBEKE, *Over zekerheden*, Gent, 1993/1, 5.

groot, en wordt tevens het behoren te weten van een derde gemakkelijker aangenomen.

3. *Personenregistratie*. — De registratie van personen is een essentiële opdracht voor de overheid. Informatie daaromtrent is zeer belangrijk voor de schuldeiser die dient te weten waar zijn schuldenaar woont, wat diens bekwaamheidsstatuut is, of de schuldenaar gehuwd is, of de naam van de schuldenaar gewijzigd is.

Voor de natuurlijke personen zijn er in de eerste plaats de akten van de burgerlijke stand (akte van geboorte, van huwelijk, van overlijden), met vermelding van voornamen, naam, leeftijd en woonplaats van allen die erin worden genoemd (art. 34 B.W.), die worden ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand (art. 40 B.W.). Ter uitvoering van de wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters en de identiteitskaarten en tot wijziging van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen¹⁸⁵, werden een aantal besluiten uitgevaardigd betreffende de inrichting van bevolkingsregister en vreemdelingenregister¹⁸⁶. In het bevolkingsregister worden de identiteitsgegevens geregistreerd van alle personen die in de gemeente hun hoofdverblijfplaats hebben. De rol die het bevolkingsregister vervult op het gemeentelijk vlak, wordt op nationaal niveau waargenomen door het rijksregister¹⁸⁷. Hierin worden negen basisgegevens, voornamelijk met betrekking tot de staat van de persoon¹⁸⁸, opgenomen.

Het K.B. houdende machtiging tot naamsverandering wordt gepubliceerd in het Staatsblad¹⁸⁹. Maatregelen die de handelingsbekwaamheid van een persoon beïnvloeden, worden op verschillende manieren bekendgemaakt. De gerechtelijke onbekwaamverklaring¹⁹⁰, de aanstelling van een gerechtelijk raadsman en de toevoeging van een voorlopige bewindvoerder worden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad (art. 1253 Ger.W. en art. 488bis, e, § 1, B.W.)¹⁹¹, maar niet de maatregel van verlengde minderjarigheid. Deze beslissing wordt door de griffie megedeeld aan de minister van

Justitie en de burgemeester, die moet zorgen voor de vermelding in de bevolkingsregisters en op de identiteitskaart (art. 487sexies B.W.).

De informatie omtrent de invloed van het huwelijk van een schuldenaar op zijn vermogenstoestand is te vinden in de huwelijksakte. Voor elke gehuwde persoon moet het bestaan van een huwelijkscontract in de huwelijksakte worden vermeld (art. 76, 10°, B.W.). Voor handelaars gelden bijkomende publiciteitsverplichtingen bij de griffie van de rechtbank van koophandel waar de inschrijving in het handelsregister is genomen (artt. 12-14 W.Kh.). Wijziging van huwelijksvermogensrechtelijk stelsel wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad (artt. 1395-1396 B.W.). Ondanks deze op het eerste gezicht uitgebreide publiciteitsvoorschriften is de informatie voor derden nogal gebrekkig. De publiciteit betreft immers veeleer het feit dat er een huwelijkscontract is, dan wel wat de concrete inhoud daarvan is¹⁹².

In verband met rechtspersonen is er de publikatie van de statuten in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad. Van vennootschappen wordt op de griffie van de rechtbank van koophandel een vennootschapsdossier bijgehouden. Tevens worden de jaarrekening en bepaalde stukken neergelegd bij de Nationale Bank van België (zie onder meer artt. 10 en 80 Venn.W. en K.B. van 25 november 1991 op de openbaarmaking van akten en stukken van vennootschappen en ondernemingen)¹⁹³. Informatie omtrent V.Z.W.'s is te vinden ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg (art. 10 V.Z.W.-Wet).

4. *Vermogensregistratie*. — Al even verspreid over tal van informatiesystemen en vindplaatsen zijn de gegevens die door de overheid worden bijgehouden omtrent de vermogenstoestand en solvabiliteit van de schuldenaar. Het zij onderstreept dat diverse elementen van de persoonsregistratie informatie bieden over de vermogenssituatie van de schuldenaar. De onbekwaamverklaring grijpt rechtstreeks in op de contractsbevoegdheid van een persoon, het gehuwd zijn onder een stelsel van gemeenschap van goederen determineert op substantiële wijze het verhaalsrecht van een schuldeiser¹⁹⁴.

Onder de enorme variatie van informatiebronnen kunnen worden vermeld, bij wijze van illustratie: het centraal handelsregister (artt. 22-22bis en artt. 36-40 Wet Handelsregister)¹⁹⁵, de balanscentrale (artt. 177bis-quinquies Venn. W.), het faillissementsdossier, de verzending door de ontvangers der registratie van een lijst van de geregistreerde protesten betreffende de niet-betaling van geaccepteerde wisselbrieven.

¹⁹² VERBEKE, «Beslagrecht en huwelijksvermogensrecht», *Zekerheden en executierecht. Actuele problemen*, Leuven, 1993 (referatenbundel van de studiemiddag gehouden op 19 november 1993 aan de K.U.Leuven), 6-7, nr. 4. Zie meer uitgebreid VERBEKE, *Uitwinning van de gehuwde schuldenaar*, Gent, Mys & Breesch, 1994 (te verschijnen).

¹⁹³ B.S., 24 december 1991.

¹⁹⁴ VERBEKE, o.c., *Zekerheden en executierecht. Actuele problemen*, Leuven, 1993, 7-16.

¹⁹⁵ K.B. 20 juli 1964 tot coördinering van de wetten betreffende het handelsregister (B.S., 8 augustus 1964); K.B. 18 augustus 1964 betreffende het inwerkingstellen en de uitvoering van voormeld K.B. (B.S., 25 augustus 1964); K.B. 31 augustus 1964 tot vaststelling van de in het handelsregister te vermelden handelsbedrijvigheden (B.S., 5 september 1964).

¹⁸⁵ B.S., 3 september 1991.

¹⁸⁶ K.B. van 16 juli 1992 betreffende de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister, B.S., 15 augustus 1992 (18033-18038). Zie verder § 19/2-2°.

¹⁸⁷ Wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een rijksregister van de natuurlijke personen, B.S., 21 april 1984. Zie WALLEMACQ, «Le registre national des personnes physiques», *J.T.*, 1984, 701-706.

¹⁸⁸ Te weten: naam en voornaam; geboorteplaats en -datum; geslacht; nationaliteit; burgerlijke staat (gehuwd of niet); plaats en datum van overlijden. Andere gegevens: hoofdverblijfplaats; beroep; samenstelling van het gezin, waarmee bedoeld worden alle personen die op hetzelfde adres zijn ingeschreven.

¹⁸⁹ Art. 5, eerste lid, Wet 15 mei 1987.

¹⁹⁰ Zie ook het centraal register der ontzettingen (B.S., 2 mei 1960).

¹⁹¹ Inzake voorlopig bewind kan de vrederechter, rekening houdend met de beperkte opdracht van de bewindvoerder, bepalen dat de beslissing niet zal worden gepubliceerd in het Staatsblad, doch slechts ter kennis zal worden gebracht aan de aangewezen personen door toedoen van de griffier (art. 488bis, e, § 2, B.W.). Deze uitzondering is ingegeven door de bekommernis tot bescherming van de privacy van de beschermde persoon. In het belang van derden kan de Koning ook andere maatregelen van openbaarmaking voorschrijven (§ 3 van voormelde bepaling). Zie PINTENS/VERBEKE, «Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige», *R.W.*, 1991-92, (169), 173, nrs. 18-21.

ven en orderbriefjes aan de voorzitter van de rechtbank van koophandel, berustend ter griffie van de rechtbank (art. 443 Faill.W.), het ambachtsregister ¹⁹⁶, het register van neergelegde facturen wegens levering van goederen zonder betaling op de griffie van de rechtbank van koophandel (art. 20, 5°, Hyp.W.), het register van landbouwvoorrechten bij de ontvanger van registratie en domeinen (art. 5, Wet 15 april 1884 op de landbouwenningen), het register in het hypotheekkantoor voor pand op handelszaken (art. 4, Wet 25 oktober 1919), de berichten van beslag bij de rechtbank van eerste aanleg van de plaats van het beslag en in voorkomend geval van de woonplaats van de beslagene (met verzending van een afschrift aan de griffie van de rechtbank van koophandel voor het beslag ten laste van vennootschappen of personen ingeschreven in het handelsregister), zowel inzake beslag op roerende als op onroerende goederen (art. 1390 Ger.W.), de berichten van delegatie inzake onderhoudsgelden ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg (art. 1390bis, Ger.W.), de berichten van overdracht van loon ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg (art. 1390ter Ger.W.); de registers ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg inzake de verwerping van nalatenschap (art. 784 B.W. en art. 1185 Ger.W.) en de beneficiaire aanvaarding van een nalatenschap (art. 793 B.W.); publikatie in het Belgisch Staatsblad van de aanwijzing van een curator over een onbeheerde nalatenschap (art. 1228 Ger.W.) en het register ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg van aanwijzingen van curators van een onbeheerde nalatenschap (art. 1231 Ger.W.); het Nationaal Kantoor der Roerende Waarden belast met de uitgave van een Bulletin der met verzet aangetekende waarden ¹⁹⁷, de Risicocentrale bij de Nationale Bank inzake het kredietverbruik boven één miljoen frank (behoudens kredieten in het kader van de wet op het hypothecair krediet) (art. 12 Bankbesluit 9 juli 1935); de Centrale Gegevensbank inzake registratie van wanbetalingen bij consumentenkrediet en hypothecair krediet ¹⁹⁸ (art. 71 van de wet op het consumentenkrediet en art. 46 van de wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet) ¹⁹⁹.

5. *Bodemregistratie*. — Ook met betrekking tot de bodemregistratie is de door de overheid georganiseerde informatie dispaaraat. Allereerst is er het hypotheekkantoor waar alle akten onder de levenden om niet of onder bezwarende titel tot overdracht of aanwijzing van onroerende zakelijke rechten moeten worden overgeschreven (artt. 1-6 Hyp.W.) en waar hypotheeken of voorrechten op onroerende goederen moeten worden ingeschreven (artt. 29-40 Hyp.W.) ²⁰⁰.

De persoonsgewijze organisatie van het hypotheekkantoor waarbij dient te worden gezocht op naam van de houder van onroerende zakelijke rechten en van bezwaarde eige-

naars, is weinig efficiënt. Wanneer de actuele houder niet bekend is, zullen bijkomende opzoeken noodzakelijk zijn. Hierbij kan het kadaster een belangrijke rol vervullen. Dit is een register van fiscale aard waarin alle onroerende goederen in België gelegen perceelsgewijze zijn opgenomen. In het hypotheekkantoor is bovendien niet noodzakelijk elke eigendomsovergang bekend. Het kantoor van de ontvanger van registratie en domeinen, waar onder meer de aangiften van nalatenschap worden geregistreerd, speelt hier een aanvullende rol. Voor de samenstelling van de dertigjarige keten van eigenaars is tevens art. 13, tweede lid, van de wet van 10 oktober 1913 van belang, daar bepaald wordt dat elke aankoopakte melding dient te maken van de eigendomstitel van de voorganger ²⁰¹.

De kritiek van De Page op onze hypothecaire organisatie blijft actueel ²⁰². De organisatie van het grondstelsel op basis van de persoon is inderdaad niet ideaal. Ons stelsel is daarenboven negatief, wat betekent dat de overschrijving de innerlijke gebreken van de rechtshandeling zelf niet dekt en slechts de tegenwerpbaarheid van de akte betreft. Het is daarenboven ook lacuneus daar overgangen onder de doden niet worden overgeschreven. Veel adequater is de perceelsgewijze organisatie van het grondstelsel. In Duitsland werkt een dergelijk grondboekstelsel daarenboven positief: de overschrijving dekt ook de intrinsieke rechtsgeldigheid van de akte ²⁰³. Met De Page kan men zich echter afvragen of het raadzaam is een systeem, ook al lijkt het niet optimaal, te wijzigen indien het bewezen heeft op bevredigende wijze te functioneren.

6. *Een chaotische toestand*. Uit het voorgaande blijkt dat de door de overheid over een persoon verzamelde gegevens zeer uitgebreid, maar op oneindig veel plaatsen terug te vinden zijn. Er is werkelijk sprake van een chaotische toestand. Er zijn bijna zoveel informatiesystemen die moeten worden geraadpleegd, als er gegevens zijn die men te weten wil komen. Het vinden van de relevante informatie omtrent de vermogenstoestand van een schuldenaar is een moeilijke speurtocht door tal van informatiesystemen en vaak ook door het gehele land.

Immers, de informatiesystemen zijn onafhankelijk van elkaar opgebouwd en zijn daarenboven ook vaak op een eerder lokaal niveau georganiseerd. Vele gegevens zijn arrondismenteel georganiseerd (hypotheekkantoor, griffie van de rechtbank) en soms zelfs gemeentelijk (bevolkingsregister, kadaster). Bovendien kunnen hier qua toegankelijkheid zeer verschillende regels gelden: openingsuren, betaling van vergoeding ²⁰⁴. Toch worden inspanningen geleverd tot centralisatie (balanscentrale, centraal handelsregister, centrale

¹⁹⁶ Wet 18 maart 1965 op het ambachtsregister (*B.S.*, 31 maart 1965); K.B. 17 augustus 1965 betreffende de inwerkingstelling en de uitvoering van voormelde wet (*B.S.*, 28 augustus 1965); K.B. 25 augustus 1965 betreffende de lijst van ambachtsbedrijvigheden (*B.S.*, 14 september 1965).

¹⁹⁷ Art. 1 van de wet van 24 juli 1921 op de ongewilde buitenbezitstelling van titels aan toonder, gewijzigd bij wet van 22 juli 1991. Zie bv. de mededeling van het Nationaal Kantoor in het *B.S.* van 4 november 1993, 24141-24142.

¹⁹⁸ Zie § 18/2.

¹⁹⁹ *B.S.*, 19 augustus 1992.

²⁰⁰ Zie ook § 14/2.

²⁰¹ DIRIX/DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, 1992, tweede druk, 42-43, nr. 60 en 68, nr. 144.

²⁰² DE PAGE, *o.c.*, 1015-1016, nr. 1128. In dezelfde zin MASSON, *o.c.*, *Rev.Not.B.*, 1978, 408.

²⁰³ DIRIX/DE CORTE, *o.c.*, 42, nr. 59.

²⁰⁴ Zie bv. onlangs het besluit van 21 september 1993 van de Nationale Bank van België tot wijziging van het besluit van 12 februari 1993 betreffende de kosten van raadpleging van de door de Bank geregistreerde gegevens betreffende wanbetalingen inzake consumentenkrediet en hypothecair krediet (*B.S.*, 16 november 1993) en het K.B. van 10 november 1993 ter goedkeuring daarvan (*B.S.*, 16 december 1993).

gegevensbank bij de Nationale Bank inzake consumenten-krediet en hypothecair krediet, rijksregister).

Het is duidelijk dat deze ondoorzichtige toestand het recht op informatie van een schuldeiser bemoeilijkt. Anderzijds heeft deze chaos het voordeel dat een derde zeer moeilijk zicht kan krijgen op de totaliteit van de gegevens die over een persoon zijn opgeslagen, zodat dit een privacybeschermend effect met zich mee brengt. De vraag rijst of het, met het oog op een betere en meer efficiënte informatie voor de schuldeisers, raadzaam is om één centrale en uniforme overheidsdatabank aan te leggen waarin voor elke persoon alle gegevens inzake persoons-, vermogens- en bodemregistratie worden opgenomen ²⁰⁵. Zie § 20.

§ 15. INFORMATIESYSTEMEN GEORGANISEERD DOOR HET PRIVÉ-INITIATIEF

Niet alleen de overheid verzamelt gegevens over de burgers, maar ook privé-personen of -instellingen leggen bestanden aan. In het bankwezen ²⁰⁶ onderscheidt men bij de cliëntgerichte bestanden ²⁰⁷ het cliëntenbestand ipso facto met identificatiegegevens over de cliënten, productiebestanden (kredietenbestand, safesbestand, overschrijvingenbestand), prospectiebestanden met het oog op de uitbreiding van de cliënteel en negatieve bestanden of «zwarte lijsten» ²⁰⁸ in verband met bepaalde personen en produkten ²⁰⁹. Vaak worden deze gegevens niet beperkt tot intern gebruik, maar ook ter beschikking gesteld van derden, bv. de uitwisseling van zwarte lijsten tussen financiële instellingen. Voor een bank kan dit ook een vorm van bijkomende dienstverlening zijn ten aanzien van cliënten. Het verlenen van bepaalde handelsinformatie kan bovendien ook de hoofdactiviteit van een onderneming zijn ²¹⁰.

B. Verwerking van persoonsgegevens. Belangenafweging tussen privacy en informatie

§ 16. BESCHERMING VAN DE PRIVACY INZAKE DE VERWERKING VAN PERSOONSGEGEVENS: NOODZAKELIJKE AFWEGING VAN BELANGEN

1. *Toelaatbaarheid van gegevensverwerking.* — De verwerking van persoonsgegevens omvat zowel de registratie, de bewaring, de wijziging, de uitwisseling, als de raadpleging en verspreiding van persoonsgegevens. Met de verwerking wordt zowel verwezen naar de fase van de inzameling en het opslaan van de gegevens in een informatiesysteem, als naar de fase van de informatieverstrekking, met name de toegan-

kelijkheid van het systeem voor derden door mededeling van gegevens ²¹¹.

Omtrent de toelaatbaarheid van het opzetten van een informatiesysteem kan men twee extreme standpunten onderscheiden: het absolute verbod en de absolute vrijheid. Geen van beide extremen is verdedigbaar ²¹². De toename van geautomatiseerde gegevensverwerkingen en de enorme mogelijkheden die computers bieden om diverse gegevens met elkaar in verband te brengen en een totaalbeeld van de persoon te vormen ²¹³, bracht de noodzaak tot bescherming van de privacy van de persoon over wie gegevens worden verwerkt met zich mee. Daartegenover staat echter een ander grondrecht, namelijk de vrijheid van informatie en de vrije verspreiding daarvan (art. 10 E.V.R.M.) ²¹⁴. Een compromis dat een afweging van de in het spel zijnde belangen omvat, is noodzakelijk. Bij deze belangenafweging kan men als uitgangspunt het recht op privacy benadrukken, of eerder de klemtoon leggen op het recht op informatie.

2. *Principieel verbod met uitzonderingen.* — In een eerste benadering geldt het principiële verbod op gegevensverwerking als uitgangspunt, maar worden daarop een aantal uitzonderingen erkend. Een belangrijke uitzondering is de toestemming van de betrokkene zelf tot de verwerking van de gegevens. Dit past in de opvatting waarin de persoon wordt beschouwd als eigenaar van zijn persoonsgegevens. De Duitse wet van 1990 ²¹⁵ gaat uit van de «informationelle Selbstbestimmung», dit wil zeggen dat de persoon in principe zelf beslist wanneer en in hoeverre hij gegevens uit de persoonlijke levenssfeer openbaar maakt ²¹⁶.

Ook het gewijzigde voorstel van richtlijn van de EG van 16 oktober 1992 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de behandeling van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens ²¹⁷, lijkt eerder uit te gaan van een principiële verbod tot ver-

²¹¹ Zie de kritiek bij BOULANGER/DE TERWANGNE/LÉONARD, «La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La loi du 8 décembre 1992», *J.T.*, 1993, (369) (hierna: BOULANGER, 1993), 378, nrs. 45-47.

²¹² Zie § 2/4.

²¹³ DUMORTIER, 1993, 5-6.

²¹⁴ RIGAUX, o.c., *Ann.Dr.Louvain*, 1993, 56, nr. 9. Cf. BOSWINKEL, «Op weg naar een binnenruimte voor Free Riders?», *Computerrecht*, 1993/2, 60-69.

²¹⁵ Gesetz zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes (zie ZIEGLER-JUNG, «Het Bundesdatengesetz is herzien», *Computerrecht*, 1991/3, 167-168).

²¹⁶ BVerfGE 65, (1), 41, arrest van 15 december 1983; TAUPITZ, *Die zivilrechtliche Pflicht zur unaufgeforderten Offenbarung eigenen Fehlverhaltens*, Tübingen, 1989, 35-38.

²¹⁷ Zie de kritische beschouwingen bij BERKVEN/SCHAUS, «Tweede akte van privacyrichtlijn», *Computerrecht*, 1992/6, 232-240, en bij BOSWINKEL, o.c., *Computerrecht*, 1993/2, 60-69. Over het oorspronkelijke voorstel van richtlijn van 27 juli 1990, alsook over het voorstel van bijzondere richtlijn op het vlak van de telecommunicatie (ISDN), zie BERKVEN, Com(90)314 Final-Syn 287 en 288, Brussel 13 september 1990, *Computerrecht*, 1990/5, 263-272; BERKVEN/SCHAUS, «De Privacy-voorstellen van de Europese Commissie», *Computerrecht*, 1992/3, 117-121; PAPAPAVLOU, «Latest developments concerning the EC draft data protection directives», in DUMORTIER (red.), *Recent development in data privacy law*, Leuven, 1992, 29-42; KORFF, «The effects of the EC draft directive on business», in DUMORTIER (red.), *Recent developments in data privacy law*, Leuven, 1992, 43-57.

²⁰⁵ DE CORTE, 1983, 355-361, nrs. 38-55.

²⁰⁶ Zie MEYSMANS, 1992, 10.

²⁰⁷ Daarnaast zijn er bestanden die geen betrekking hebben op de cliënteel zoals de bestanden van de personeelsdienst en van de studiedienst.

²⁰⁸ Cf. de Luikse rechtspraak geciteerd sub § 2/4 in fine.

²⁰⁹ De informatie hiervoor wordt niet alleen geput uit de eigen ervaringen met bepaalde cliënten, maar is tevens gebaseerd op uitwisseling van gegevens met andere financiële instellingen en op openbare gegevens zoals geprotesteerde wissels en faillissementen.

²¹⁰ Zie § 19/1.

werking van persoonsgegevens²¹⁸, behalve in de gevallen door het voorstel van richtlijn toegelaten²¹⁹. Dit voorstel van richtlijn verplicht de lidstaten om tegen 1 juli 1994 de nodige maatregelen te treffen om aan de richtlijn te voldoen. Aan gezien de recente Belgische privacywet²²⁰ op een aantal punten afwijkt van de Europese richtlijn, lijkt een aanpassing van de privacywet in de nabije toekomst noodzakelijk²²¹.

3. *Principiële toelaatbaarheid beperkt door basisregels.* In een tweede benadering wordt het recht op informatie belemtoond en geldt dat de verwerking van persoonsgegevens in beginsel toegelaten is. De manier waarop deze gegevensverwerking kan geschieden wordt evenwel aan banden gelegd en gereguleerd. Er wordt een aantal basisprincipes geformuleerd waaraan de gegevensverwerking onderworpen is. In navolging van een aantal internationale documenten (zie hierna), kiezen de meeste Europese wetgevingen voor deze tweede benadering van de belangenafweging²²². Dit is bv. het geval voor Frankrijk (1978)²²³, Groot-Brittannië (1984)²²⁴, Nederland (1989)²²⁵ en sinds kort ook België (1992)²²⁶.

²¹⁸ BAETEMAN, 1993, 99, nr. 99; KEULENEER/LONTINGS, 1993, 345.

²¹⁹ Artikel 7 bepaalt dat de behandeling van persoonsgegevens slechts mag gebeuren indien: de betrokkene zijn toestemming daartoe heeft verleend; de behandeling noodzakelijk is voor de uitvoering van een met de betrokkene gesloten overeenkomst of van precontractuele maatregelen waarmee op een verzoek van de betrokkene wordt ingegaan; de behandeling noodzakelijk is om een in de nationale of in de gemeenschapswetgeving geregelde verplichting na te komen; de behandeling noodzakelijk is voor de bescherming van een vitaal belang van de betrokkene; de behandeling noodzakelijk is voor de vervulling van een opdracht van openbaar belang of van een taak die deel uitmaakt van de uitoefening van het openbaar gezag waarvan de voor de behandeling verantwoordelijke of de derde aan wie de gegevens worden verstrekt, drager is; de behandeling noodzakelijk is voor de behartiging van het algemeen belang of van het rechtmatig belang van de voor de behandeling verantwoordelijke of van de derden aan wie de gegevens worden verstrekt, mits het belang van de betrokkene niet doorslaggevend is.

²²⁰ Zie § 17.

²²¹ DUMORTIER, 1993, 14 in fine; KEULENEER/LONTINGS, «Privacy protection and personal data processing in Belgium: Analysis of an new law's centralised approach to regulation», *Int. Comp. & Comm. L. Rev.*, 1993, (344) (hierna: KEULENEER/LONTINGS, 1993), 351-352. Zie ook DUMORTIER/SURMONT, «Het Belgisch wetsontwerp over de bescherming van persoonsgegevens in Europees perspectief», *Computerrecht*, 1992/1, 14-22; DUMORTIER, «Comparison between the Belgian bill and the E.C. draft directive», in DUMORTIER (red.), *Recent developments in data privacy law*, Leuven, 1992, 79-97.

²²² DUMORTIER, 1993, 6.

²²³ Loi n° 78-17 van 6 januari 1978 «relative à l'informatique, aux Fichiers et aux Libertés».

²²⁴ Data Protection Act, 12 juli 1984.

²²⁵ Wet persoonsregistraties (WPR) van 1 juli 1989. Zie BERKENS, «De verdere inrichting van de Wet persoonsregistraties», *Computerrecht*, 1990/2, 93-95. Het controleorgaan dat door deze wet in het leven is geroepen, is de registratiekamer (KUUS, «De Registratiekamer may be watching you!», *Computerrecht*, 1990/3, 123-126).

²²⁶ BAETEMAN, 1993, 99, nr. 99; KEULENEER/LONTINGS, 1993, 345. Lemmens daarentegen lijkt de Belgische privacywet eerder te situeren bij de eerste benadering gegrond op de informatiele zelfbeschikking (LEMMENS, *Het recht op eerbiediging van de persoonlijke le-*

Een eerste belangrijk internationaal document is het Verdrag nr. 108 houdende bescherming van personen ten aanzien van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, dat in de schoot van de Raad van Europa werd gesloten op 28 januari 1981. Het verdrag is beperkt tot natuurlijke personen en geautomatiseerde bestanden, zowel in de particuliere als in de publieke sector. Het verdrag bevat geen direct toepasselijke regels²²⁷, maar formuleert een aantal grondbeginselen (artikel 5-11; zie hierna) bij de verwerking van persoonsgegevens. Het verdrag werd door België ondertekend op 7 mei 1982 en bij wet goedgekeurd op 17 juni 1991. De ratificatie en inwerkingtreding diende te worden uitgesteld tot op het ogenblik dat in het interne Belgische recht de grondbeginselen van het verdrag in een wet waren gegoten, wat pas met de privacywet werd gerealiseerd. De bekrachtigingsoorkonde werd neergelegd op 28 mei 1993. De goedkeuringswet van 17 juni 1991 verscheen pas zeer onlangs in het Belgisch Staatsblad²²⁸. Naast het verdrag nr. 108 vaardigde de Raad van Europa ook aanbevelingen uit zoals de aanbeveling van 25 oktober 1985 in verband met de bescherming van persoonsgegevens gebruikt voor direct marketing en de aanbeveling van 13 september 1990 in verband met de bescherming van persoonsgegevens gebruikt voor betalingen en aanverwante verrichtingen²²⁹. Van belang zijn ook de richtlijnen van de OESO inzake bescherming van persoonsgegevens en het internationaal verkeer van persoonsgegevens²³⁰. Deze door de 24 lidstaten van de OESO (waaronder België) onderschreven richtlijnen hebben geen juridisch bindende kracht, maar vertolken een internationale consensus over de grondbeginselen van een belangenafweging tussen het recht op privacy en de vrijheid van informatie. De richtlijnen beogen enkel de bescherming van natuurlijke personen en niet van rechtspersonen en zijn van toepassing op de particuliere en de publieke sector, op geautomatiseerde maar ook op manuele verwerkingen. Ook door de UNO werden vergelijkbare initiatieven genomen²³¹.

De fundamentele beginselen voor de verwerking van persoonsgegevens die in deze internationale documenten vervat liggen, kunnen in een aantal kernprincipes worden samengevat²³². Een eerste principe heeft betrekking op de verzameling van de gegevens. Het *collection limitation principle* beperkt de aard van de te verzamelen gegevens (bepaalde uiterst gevoelige gegevens mogen niet worden verwerkt) en

venssfeer, in het algemeen en ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, Antwerpen, CBR, 18 oktober 1993 (onuitg.), 15).

²²⁷ Artikel 4 schrijft voor dat elke verdragspartij voor de datum van inwerkingtreding van het verdrag in zijn interne recht de noodzakelijke maatregelen dient te treffen om uitvoering te geven aan de grondbeginselen van databescherming, vervat in hoofdstuk II van het verdrag.

²²⁸ B.S., 30 december 1993.

²²⁹ Zie § 18/2.

²³⁰ OECD Guidelines governing the protection of privacy and transborder data flows of personal data, 23 september 1980.

²³¹ Zie de verwijzingen bij De SCHUTTER m.m.v. De KEYSER/BRISON/GUTWIRTH, «De Belgische privacy-wetgeving, een eerste analyse», *R.W.*, 1992-93, (1145) (hierna: De SCHUTTER, 1993), 1145, noot 2.

²³² De HOUWER, «De juridische bescherming van geautomatiseerde persoonsgegevens en informaticacriminaliteit», *Informaticacriminaliteit*, Antwerpen, 1988, (555), 577-578.

ook de wijze van verzameling van gegevens (enkel op een wettelijke en eerlijke manier). Een drietal beginselen hebben te maken met de doelstelling van de gegevensverwerking. Het *purpose specification principle* verplicht tot informatie aan de betrokkene omtrent het doel waarvoor de gegevens zullen worden gebruikt en verplicht tot vernietiging van de gegevens indien ze dit doel niet meer dienen. Het *data quality principle* schrijft voor dat de verwerkte gegevens relevant moeten zijn voor het gestelde doel, en dat ze juist, volledig en op to date dienen te zijn. Ten derde beperkt het *use limitation principle* of finaliteitsprincipe het gebruik van de gegevens tot het doel waarvoor ze verzameld zijn, behoudens toestemming van de betrokkene of een door de wet toegelaten uitzondering. In drie andere principes wordt een aantal regels geformuleerd betreffende de toegankelijkheid van het informatiesysteem. Krachtens het *security safeguards principle* moet de gegevensverwerking worden beveiligd zodat deze niet toegankelijk is voor onbevoegde personen en dezen de gegevens niet kunnen lezen of wijzigen. Het *openness principle* benadrukt de transparantie van informatiesystemen en schrijft voor dat het voor iedereen mogelijk moet zijn om op de hoogte te zijn van het bestaan van een gegevensbank. De eis tot transparantie komt nog sterker tot uiting in het individual participation principle dat het recht omvat voor elk individu om de verwerkte gegevens betreffende zijn persoon op te vragen, te controleren en de verbetering ervan te eisen. Met een laatste beginsel wordt de verantwoordelijkheid van de beheerder van een informatiesysteem tot naleving van voormelde principes, benadrukt (*accountability principle*).

4. *Privacywetgeving: ondoeltreffend en hinderlijk?* – De mooie theoretische principes ten spijt, dient men de privacybeschermende wetgeving in verband met de gegevensverwerking toch met de nodige realiteitszin te benaderen. De rol van een dergelijke wetgeving lijkt in de praktijk gering te zijn. Buitenlandse ervaring leert dat van het recht op inzage zelden gebruik wordt gemaakt²³³. De aanvankelijke onrust over de automatisering van de samenleving is wat bedaard. Nieuwe technologieën worden juichend onthaald, zonder dat veel aandacht aan privacy-aspecten wordt besteed²³⁴.

De privacywetgeving wordt zelfs beschouwd als een vervelend obstakel voor de invoering en uitbouw van nieuwe technologie. Men gewaagt van twee parallelle werelden: de echte wereld en de wereld van de privacyregels²³⁵. Ook de bedrijfswereld ervaart algemene privacywetgeving vaak als een hinderlijke administratieve en financiële last²³⁶.

Voortbouwend op de ervaringen van de laatste decennia en rekening houdend met de snelle ontwikkeling van de samenleving en creatie van nieuwe technologie, moet blijvend worden gezocht naar een aangepast schema voor de regulering van gegevensverwerking teneinde de privacy op bevredigende wijze te beschermen, zonder daarbij de ontwikkeling van industrie en technologieodeloos te belasten²³⁷.

§ 17. DE BELGISCHE PRIVACYWET²³⁸.

1. Toepassingsgebied

1.1. *Natuurlijke personen.* – Persoonsgegevens zijn gegevens die betrekking hebben op een natuurlijke persoon die op directe of indirecte wijze²³⁹ kan worden geïdentificeerd. Deze omschrijving is zo ruim dat bv. voor een bank of ver-

²³⁷ Zie de analyse van SIMITIS, «New trends in national and international data protection law», in DUMORTIER (red.), *Recent developments in data privacy law*, Leuven, 1992, 17-28.

²³⁸ Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, K.B. nr. 1 van 28 februari 1993 tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de bepalingen van de wet van 8 december 1992 (...) en K.B. nr. 2 van 28 februari 1993 tot vaststelling van de termijn binnen welke de houder van een bestand zich moet schikken naar de bepalingen van de wet van 8 december 1992 (...) met betrekking tot de verwerkingen die op het tijdstip van de inwerkingtreding bestaan, alles in B.S., 18 maart 1993; K.B. nr. 3 van 7 september 1993 tot aanwijzing van de personen bij wie het verzoek om mededeling van persoonsgegevens gegrond op art. 10 van de wet van 8 december 1992 (...) moet worden ingediend, K.B. nr. 4 van 7 september 1993 tot vaststelling van het bedrag, de voorwaarden en de wijze van betaling van een voorafgaande heffing van de houder van het bestand bij de uitoefening van het recht om overeenkomstig art. 10 van de wet van 8 december 1992 (...), kennis te krijgen van persoonsgegevens, K.B. nr. 5 van 7 september 1993 tot aanwijzing van de personen bij wie de verzoeken tot verbetering, verwijdering of verbod op de aanwending van persoonsgegevens gegrond op art. 12 van de wet van 8 december 1992 (...) moet worden ingediend en K.B. nr. 6 van 7 september 1993 tot wijziging van het K.B. nr. 1 van 28 februari 1993 tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de bepalingen van de wet van 8 december 1992 (...), alles in B.S., 25 september 1993.

Voor algemene commentaren over deze wet, zie onder meer Association belge des banques, *La protection de la vie privée: l'application de la loi du 8 décembre 1992 dans le secteur bancaire*, Adpects et documents 146, Brussel, 1993; BAETEMAN, 1993; BOULANGER, 1993; DESCHUTTER, 1993; DESCHUTTER, *De bescherming van de privacy en de nieuwe wetgeving*, Antwerpen, CBR, 18 oktober 1993, 35 pp. (onuitg.); DUMORTIER, 1993; HANOTIAU, «La nouvelle législation belge relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel», *Rev.Dr.Aff.Int.*, 1993/6, 782-804; KEULENEER/LONTINGS, 1993; ROBBERN, «Kalender met betrekking tot de inwerkingtreding van de Belgische privacywet», *Computerrecht*, 1993/3, 94-97; *privacywetgeving en gegevensbeveiliging. Praktische gevolgen van de nieuwe Belgische en Europese privacywetgeving*, Leuven, ICRI, Studiedag 18 februari 1993.

Over het wetsontwerp, zie onder meer: BING, «An assessment of the Belgian data protection bill», in DUMORTIER (red.), *Recent developments in data privacy law*, Leuven, 1992, 111-138; RIGAU, o.c., *Ann.Dr.Louvain*, 1993, 49-72; ROBBERN, «Het wetsontwerp Wathelet tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer t.o.v. de verwerking van persoonsgegevens», *Computerrecht*, 1992/1, 2-9; ROBBERN, «Recente ontwikkelingen m.b.t. het Belgische wetsontwerp tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer t.o.v. de verwerking van persoonsgegevens», *Computerrecht*, 1992/5, 200-203; ROBBERN, «General consideration of the Belgian data protection bill of May 1991», in DUMORTIER (red.), *Recent developments in data privacy law*, Leuven, 1992, 59-78.

²³⁹ Bv. via het nummer van de identiteitskaart, autonummerplaat, telefoonnummer, adres en telefoonnummer van de persoon

²³³ DUMORTIER, 1993, 14.

²³⁴ Bv. elektronisch betalingsverkeer en EDI. Zie *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées. L'EDI, la formation des contrats et la responsabilité des opérateurs de réseau*, Cahiers CRID, nr. 8, Brussel, 1992.

²³⁵ BERKVEN, «Van normen en waarden», *Computerrecht*, 1993/6, (230), 232.

²³⁶ KEULENEERS/LONTINGS, 1993, 352.

zekeringsmaatschappij vrijwel alle bestanden onder de wet zullen vallen, behoudens gegevens bestemd voor het opmaken van statistieken ²⁴⁰. Ook bestanden met neutrale en objectieve gegevens door de cliënt verstrekt in het kader van courante bankverrichtingen, vallen binnen het toepassingsgebied van de wet.

Rechtspersonen worden niet beschermd. Wel zijn gegevensverwerkingen met betrekking tot rechtspersonen aan de wet onderworpen, voor zover daarin gegevens omtrent natuurlijke personen voorkomen, zoals de namen van de bestuurders van een vennootschap ²⁴¹. Ook in het Verdrag nr. 108 van de Raad van Europa en in de OESO-Richtlijnen, alsook in diverse Europese landen worden rechtspersonen niet beschermd. In een aantal Europese landen is dit daarentegen wel het geval ²⁴². Tegen dergelijke bescherming van rechtspersonen luidt de kritiek dat de privacywetgeving wordt gebruikt voor oneigenlijke doeleinden van economisch-protectionistische aard ²⁴³. Een eventuele bescherming van gegevens van rechtspersonen moet op een andere grondslag dan de privacy worden gerealiseerd, met name principes van eerlijke mededinging en vrij handelsverkeer ²⁴⁴.

1.2. *Overheid en particuliere sector – Manueel en geïnformatiseerd.* – De privacywet is zowel van toepassing op gegevensbanken van de overheid (behoudens een aantal uitzonderingen) ²⁴⁵ als op die van particulieren, zowel op manuele als op geautomatiseerde gegevensverwerkingen. Een bestand is een geheel van persoonsgegevens die op een logisch gestructureerde wijze zijn samengesteld en bewaard met het oog op een systematische raadpleging ervan (art. 1, § 2). Een dossier daarentegen wordt beschouwd als een los geheel van gegevens zonder interne structuur, dat helemaal moet worden doorgenomen om er iets in terug te vinden. Aldus zou een manueel dossier buiten de toepassing van de wet vallen omdat hier niet de finaliteit van systematische raadpleging zou bestaan ²⁴⁶. Zelfs het geheel van persoonsgegevens die in een louter alfabetische of chronologische volgorde worden bewaard, vormt geen bestand ²⁴⁷. Individuele cliëntendossiers of kredietdossiers vallen dus niet onder de bescherming van de privacywet ²⁴⁸. Een geautomatiseerde ongestructureerde gegevensverwerking valt daar

wel onder, omdat hier door een eenvoudige ingreep het dossier kan worden gestructureerd en een bestand worden. Dit «pseudo-onderscheid» wordt terecht bekritiseerd ²⁴⁹.

Vanuit de financiële wereld rijst de vraag of kopiebestanden en deelbestanden bij lokale en regionale agentschappen, elk afzonderlijk moeten worden beschouwd als een bestand dat aan de verplichtingen van de privacywet moet voldoen ²⁵⁰. Gelet op de bijdrage tot 10.000 frank die per bestand verschuldigd kan zijn, is deze vraag van belang. Het standpunt dat deelbestanden van een cliëntenbestand of een prospectiebestand alle dezelfde finaliteit hebben en aldus als één bestand moeten worden beschouwd, verdient goedkeuring ²⁵¹. Dit sluit niet uit dat een eigen bestand dat door de directeur van een bankagentschap wordt gehouden en waarin bepaalde gegevens worden opgenomen die niet in het overkoepelende bestand zijn verwerkt, als een afzonderlijke aan de privacywet onderworpen verwerking moet worden gekwalificeerd ²⁵².

1.3. *Uitzonderingen.* – Art. 3, § 2, van de privacywet voorziet in een aantal uitzonderingen waarop de wet niet van toepassing is.

1° Het betreft in de eerste plaats de verwerkingen van persoonsgegevens die worden beheerd door natuurlijke personen en die wegens hun aard bestemd zijn voor privé-, gezins- of huishoudelijk gebruik en die bestemming ook behouden ²⁵³.

2° Een tweede uitzondering zijn de verwerkingen waarbij uitsluitend persoonsgegevens worden aangewend die ingevolge een wet of reglement onder een voorschrift van openbaarmaking vallen. De informatiesystemen die het gevolg zijn van door de overheid opgelegde publiciteit vallen derhalve buiten de bescherming van de privacywet, voor zover uitsluitend dergelijke gegevens in het bestand zijn opgenomen. De toegankelijkheid van deze systemen is afhankelijk van de bijzondere wettelijke bepalingen met betrekking tot deze informatiesystemen ²⁵⁴. Het betreft bv. de registers van de burgerlijke stand, het handelsregister, de registers van de ontvanger van registratie en domeinen, de berichten van beslag, de registers van het hypotheekkantoor en het kadaster ²⁵⁵. Ook vermeldingen in openbare akten of de verplichte publikatie in het Staatsblad vallen niet onder de toepassingsgebied van de wet ²⁵⁶. Terecht wordt de volledige uitsluiting van deze informatiesystemen bekritiseerd. Het risico voor de privacy schuilt immers voornamelijk in het gebruik van de gegevens. Het feit dat bepaalde gegevens verplicht openbaar

of door een combinatie van fysieke kenmerken zoals stem, gewicht, grootte, vingerafdrukken (DE SCHUTTER, 1993, 1147).

²⁴⁰ MEYSMANS, 1992, 11.

²⁴¹ BOULANGER, 1993, 371, nr. 6, en de verwijzingen in noot 10.

²⁴² Zie bv. in Noorwegen, Oostenrijk, IJsland, Luxemburg, Denemarken (zie de verwijzingen bij WALDEN/SAVAGE, «Data protection and privacy laws: should organisations be protected?», *Int. & Comp. L.Q.*, 1988, (337), 338, noten 3 tot 7) en recent ook in Zwitserland (KUITENBROUWER, «Privacywet in Zwitserland», *Computerrecht*, 1992/6, 267). Zie ook HONDIUS, *Emerging data protection in Europe*, Amsterdam, 1975, 98.

²⁴³ DE JONGE, «Gegevensbescherming en privacywetten in West-Europa en de Verenigde Staten van Amerika: moeten ondernemingen beschermd worden?», *Computerrecht*, 1990/3, 113-119.

²⁴⁴ CHAMOIX, «Data protection in Europe. The problem of the physical person and the legal person», *J. Media Law and Practice*, 1981, 70-83.

²⁴⁵ Zie § 17/1.3.

²⁴⁶ BAETEMAN, 1993, 19, nr. 16.

²⁴⁷ DE SCHUTTER, 1993, 1146.

²⁴⁸ MEYSMANS, 1992, 10.

²⁴⁹ BOULANGER, 1993, 372-373, nr. 12, en de verwijzingen aldaar; KEULENEERS/LONTINGS, 1993, 347, noot 27.

²⁵⁰ Het gewijzigd voorstel van richtlijn van de Europese Commissie is duidelijker aangezien er wordt gesproken over een «gestructureerd geheel van op één plaats samengebrachte of over verschillende plaatsen verspreide persoonsgegevens» (art. 2, c).

²⁵¹ MEYSMANS, 1992, 10 in fine.

²⁵² BAETEMAN, 1993, 21, nr. 18 in fine.

²⁵³ Ten onrechte (in deze zin: DE SCHUTTER, 1993, 1147) aanvaardt Robben dat het sporadisch professioneel gebruik van dergelijke bestanden ook aan de wet ontsnapt (ROBBEN, o.c., *Computerrecht*, 1992/1, 4).

²⁵⁴ Zie § 19/2 - 2.

²⁵⁵ BOULANGER, 1993, 378, nr. 46, lijken het kadaster onder het toepassingsgebied van de privacywet te laten vallen.

²⁵⁶ DE SCHUTTER, 1993, 1147.

moeten worden gemaakt in het kader van de bescherming van derden, belet niet dat deze gegevens enkel mogen worden gebruikt voor deze doeleinden. Toepassing van het finaliteitsprincipe op deze informatiesystemen van verplichte publiciteit ligt dan ook voor de hand ²⁵⁷.

Ook in de door een bank bijgehouden bestanden zijn tal van gegevens opgenomen die aan deze voorwaarde voldoen: geprotesteerde wissels, faillissementen en gerechtelijke akkoorden, geschrapte aannemers, neergelegde balansen, gegevens inzake onroerend vermogen. Daar echter wordt vereist dat het bestand uitsluitend dergelijke gegevens omvat, zal een bank zich vrij zelden op deze uitzonderingsregel kunnen beroepen ²⁵⁸.

3° Ten derde vallen niet onder het toepassingsgebied van de wet die verwerkingen waarbij uitsluitend persoonsgegevens worden aangewend waarvan de betrokkene de openbaarmaking verricht of doet verrichten, voor zover door de verwerking de finaliteit van de openbaarmaking wordt gerespecteerd. Het betreft bv. de gegevens meegedeeld voor publikatie in het telefoonboek, of gegevens die publiek worden gemaakt via een advertentie ²⁵⁹. Verwerking van dergelijke gegevens die de finaliteit van de openbaarmaking schendt, is niet verboden, maar valt wel onder de regels van de privacywet. Wanneer bv. een bank systematisch de gegevens van geboortekaartjes die aan de deur van de kamer in de kraamkliniek worden uitgehangen, verwerkt met het oog op een promotiecampagne voor een 0 tot 12 spaarrekening, valt deze gegevensverwerking wel onder de toepassing van de wet, omdat de finaliteit van de openbaarmaking wordt geschonden ²⁶⁰.

4° Een vierde uitzondering betreft de verwerking van persoonsgegevens verricht overeenkomstig de wet van 4 juli 1962 betreffende de openbare statistiek. Hoewel de verwerkingen beheerd door het Bestuur Veiligheid van de Staat van het Ministerie van Justitie en door de Algemene Dienst Veiligheid en Inlichtingen van het Ministerie van Defensie in beginsel binnen het toepassingsgebied van de privacywet vallen, wordt in het kader van de geheimhouding die voor deze diensten is vereist, in een bijzonder regime voorzien waarbij bepaalde artikelen van de wet niet van toepassing zijn ²⁶¹.

2. *Welke gegevens mogen worden verwerkt?* – De belangenafweging die in de privacywet wordt doorgevoerd, varieert naargelang de aard van de gegevens: gewone persoonsgegevens en bijzonder beschermde persoonsgegevens.

2.1. *Gewone persoonsgegevens.* – Wat de gewone persoonsgegevens betreft, geldt als uitgangspunt de principiële vrijheid tot gegevensverwerking voor zover deze verwerking doelgericht is (art. 5 privacywet). Krachtens dit finaliteitsprincipe kan men slechts gegevens verwerken voor duidelijk omschreven en wettige doeleinden. De gegevens mogen niet worden gebruikt op een wijze die onverenigbaar is met de gestelde doeleinden. Aan dit finaliteitsprincipe wordt het

evenredigheidsbeginsel gekoppeld ²⁶². Gelet op de vooropgestelde doeleinden moeten de gegevens toereikend, ter zake dienend en niet overmatig zijn. Het criterium van de wettigheid van het doel en de overeenstemming met het doel moeten worden onderscheiden. In verband met de wettigheid wordt nagegaan of een bepaalde verwerking kan worden opgestart voor een bepaald doel. Inzake de overeenstemming met het doel wordt onderzocht of het gebruik van de gegevens, gelet op de aard en bijzondere aspecten van dat gebruik ten aanzien van de betrokken personen, met het doel verenigbaar is ²⁶³.

Het finaliteitsbeginsel belet niet dat gegevensverwerkingen worden opgezet voor rechtmatige commerciële en winstbeogende doeleinden, zoals direct mailing, promotie van nieuwe produkten bij de bestaande cliënteel of verkoop van gegevens aan cliënten. Wat door het finaliteitsbeginsel wordt verboden, is de verwerking van persoonsgegevens die niet in verband staan met de vooropgestelde commerciële doelstellingen of in dat verband irrelevant of overbodig zijn.

Voor gegevensverwerkingen waarvoor specifieke deelwetgeving bestaat, zal de finaliteit van de verwerking in grote mate door die wetgeving worden bepaald. Zo wordt bv. in de wet op het consumentenkrediet bepaald dat de gegevens in een bestand consumentenkrediet slechts mogen worden verwerkt wanneer ze relevant, aangepast en niet overdreven zijn om de financiële toestand en de solvabiliteit van de consument te beoordelen ²⁶⁴.

2.2. *Bijzonder beschermde gegevens.* – De privacywet onderscheidt drie soorten gegevens die een bijzondere bescherming genieten.

1° Allereerst zijn er de gevoelige persoonsgegevens zoals ras, etnische afstamming, seksueel gedrag, overtuiging of activiteit op het politiek, levensbeschouwelijk of religieus vlak, lidmaatschap van vakbond of ziekenfonds ²⁶⁵. Voor dergelijke persoonsgegevens geldt een omgekeerde redenering. Er wordt uitgegaan van het principiële verbod van gegevensverwerking, behoudens voor door of krachtens ²⁶⁶ de wet vastgestelde doeleinden (art. 6 privacywet). Verder voorziet het derde lid van art. 6 in een uitzondering voor verenigingen die een bestand van hun eigen leden wensen bij te houden, bv. vakbonden, ziekenfondsen, politieke partijen. Mededeling aan derden is echter slechts toegelaten overeenkomstig het finaliteitsprincipe, wat doorgaans niet mogelijk zal zijn ²⁶⁷. De openbaarmaking van de ledenlijst van een V.Z.W. door neerlegging ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg is verplicht, en valt dus niet onder toepassing

²⁶² Cf. KEULENEER/LONTINGS, 1993, 345; LEMMENS, o.c., 15-16.

²⁶³ Zie hierover BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, 1993, vierde druk, 1026-1028.

²⁶⁴ Zie § 18/2.

²⁶⁵ Vergelijk in Nederland het Besluit gevoelige gegevens van kracht sinds 1 juni 1993 (zie *Computerrecht*, 1993/3 en *Computerrecht*, 1993/4, 174; BERKENS, «Ontwerp besluit gevoelige gegevens», *Computerrecht*, 1990/4, 208-210; VAN BREEVOORT, «Het ontwerp-Besluit gevoelige gegevens in een Europees kader», *Computerrecht*, 1991/4, 184-188).

²⁶⁶ In een dergelijk geval is een voorafgaand advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer vereist (artikel 6, tweede lid, privacywet).

²⁶⁷ BAETEMAN, 1993, 60, noot 128.

²⁵⁷ BOULANGER, 1993, 374, nr. 24.

²⁵⁸ MEYSMANS, 1992, 11, nr. 3 in fine.

²⁵⁹ KEULENEERS/LONTINGS, 1993, 347 in fine.

²⁶⁰ BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, 1993, vierde druk, 1020, b; BOULANGER, 1993, 375, nr. 24.

²⁶¹ BAETEMAN, 1993, 24-25, nr. 24.

van de wet ²⁶⁸. Gevolg is wel dat deze lijsten kunnen worden ingezien en dat zo het lidmaatschap van een vereniging van homoseksuelen toch bekend wordt ²⁶⁹.

Dit verbod op de verwerking van gevoelige persoonsgegevens leidt bv. in de bankpraktijk tot problemen voor een aantal courante verrichtingen. Indien een cliënt per overschrijving zijn lidgeld bij de vakbond wenst te betalen, kan de bank toch niet anders dan een dergelijk gevoelig gegeven te verwerken. Hetzelfde geldt voor terugbetalingen inzake geneeskundige prestaties die door het ziekenfonds op de rekening van een persoon worden gestort. Meysmans stelt voor een onderscheid te maken enerzijds de verwerking van gevoelige gegevens op initiatief van de bank en anderzijds op initiatief van de betrokkene zelf ²⁷⁰. In het eerste geval is de verwerking verboden of streng geconditioneerd ²⁷¹ in het tweede geval moet de verwerking, gelet op de toestemming van de betrokkene ²⁷², toegelaten zijn. Voor het bankwezen lijkt een machtiging om bepaalde gevoelige gegevens te mogen verwerken noodzakelijk ²⁷³.

2° Daarnaast zijn er de medische gegevens (art. 7 privacywet) ²⁷⁴. Medische persoonsgegevens kunnen slechts worden verwerkt onder het toezicht en de verantwoordelijkheid van een beoefenaar van de geneeskunst, behalve in geval van schriftelijke toestemming van de betrokkene. Behoudens een bijzondere wettelijke of reglementaire bepaling kunnen dergelijke gegevens niet aan derden worden meegedeeld. Dit is een bevestiging van het medisch beroepsgeheim (art. 458 Sw.) ²⁷⁵.

3° Ten derde vermeldt de wet in art. 8 de politie- en gerechtelijke gegevens. Deze mogen niet worden verwerkt, behalve voor door of krachtens de wet vastgestelde doeleinden wanneer deze betrekking hebben op een aantal maatregelen opgesomd in art. 8, § 1, privacywet ²⁷⁶. Ook dit verbod kan voor een bank problematisch zijn, bv. voor gegevens inzake oplichting, chequemisbruik, bedrieglijk bankroet of voor gegevens in verband met ontzetting uit de ouderlijke macht of maatregelen inzake geesteszieken ²⁷⁷. Ook hier lijkt een machtiging voor onder meer het bankwezen tot verwerking van bepaalde gegevens noodzakelijk.

3. *Rechten van de betrokkene en plichten van de houder van het bestand.* — Naast de beperkingen inzake de te verwerken persoonsgegevens, wordt de privacy van de betrokkene beschermd door hem enerzijds een aantal controlerechten toe te kennen (recht op kennisname (art. 9 privacywet), recht van toegang (art. 10 privacywet) ²⁷⁸, recht op verbetering (art. 12 privacywet) ²⁷⁹, recht op beroep (art. 14 privacywet)), en door anderzijds aan de houder van het bestand een aantal verplichtingen op te leggen (kennisgevingsplicht aan de betrokkene (art. 9, jo art. 16, § 2, privacywet) ²⁸⁰, voorafgaande aangifteplicht van de geautomatiseerde verwerking bij de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 17 privacywet), opmaken van een staat van elke geautomatiseerde verwerking (art. 16, § 1, 1° en 2°, privacywet), toezicht op de juistheid van de opgenomen gegevens (art. 16, § 1, 3°, privacywet), controle op de toegang tot de verwerking (dit is de interne beveiliging eventueel vertaald in een geheimhoudingsplicht voor de personen die bij de gegevensverwerking betrokken zijn) (art. 16, § 1, 4°, privacywet), toezicht dat mededeling van persoonsgegevens uitsluitend gebeurt aan daartoe gerechtigden (dit is de externe beveiliging van de gegevens) (art. 16, § 1, 5°, privacywet), het treffen van aangepaste technische en organisatorische maatregelen ter beveiliging van de gegevens (art. 16, § 3, privacywet)).

De privacywet kan indruisen tegen andere wettelijke en reglementaire bepalingen, zoals bv. de wet van 11 januari 1993 omtrent het witwassen van geld ²⁸¹. Hierbij wordt aan de banken de verplichting opgelegd om bepaalde gegevens, zoals de identiteit van verdachte personen of instellingen, door te geven aan een bijzondere cel voor de verwerking van financiële informatie. De door de privacywet opgelegde aangifteplicht van elke vorm van gegevensverwerking en het recht op kennisname en inzage van de betrokkene, verstoort uiteraard het effect van deze wet. Vandaar dat de artt. 89 en 90 van de wet van 22 juli 1993 houdende fiscale en fi-

²⁶⁸ Zie § 17/1.3 - 2°.

²⁶⁹ Cf. *Praktijkids voor de v.z.w.*, Brussel, 1993, Actuele voorinformatie nr. 269, 14, nr. 5.

²⁷⁰ MEYSMANS, 1992, 12.

²⁷¹ Zie bv. art. 10, tweede lid, van de wet op het consumentenkrediet dat bepaalt dat de kredietverlener geen inlichtingen mag vragen omtrent ras, etnische afstamming, seksueel gedrag, gezondheid, overtuiging op politiek, religieus of filosofisch vlak, lidmaatschap van vakbond of ziekenfonds. Terecht merkt Storme op dat de reden voor dit verbod eigenlijk is gelegen in het verbod van discriminatie (STORME, 1993, 101). Toch is hier ook een privacy-aspect aan verbonden, namelijk het feit dat men de gegevens ook niet mag verwerken in het bestand (art. 69, § 3 - zie § 18/2).

²⁷² Cf. art. 7 gewijzigd voorstel van richtlijn van de Europese Commissie.

²⁷³ BAETEMAN, 1993, 60.

²⁷⁴ CALLENS, «Medische persoonsgegevens en privacybescherming in België», *Computerrecht*, 1991/4, 172-175.

²⁷⁵ BAETEMAN, 1993, 52, nr. 53.

²⁷⁶ Door de §§ 2 tot 6 wordt in een aantal uitzonderingen voorzien.

²⁷⁷ Cf. *Praktijkids voor de v.z.w.*, Brussel, 1993, Actuele voorinformatie nr. 269, 14, nr. 5 in fine.

²⁷⁸ Uitzonderingen op de rechten van art. 9 en 10 worden vermeld in art. 11. Zie ook K.B. van 12 augustus 1993 ter uitvoering van art. 11, 4°, van de wet van 8 december 1992 (...), *B.S.*, 3 september 1993 met addendum (advies nr. 6/93 van 27 juli 1993 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer), *B.S.*, 11 november 1993.

²⁷⁹ Naast voormelde algemene commentaren, zie ook MEYSMANS, «Het recht van toegang en verbetering in de Belgische privacywet», *Computerrecht*, 1993/6, 226-230.

²⁸⁰ Een uitzondering hierop vormt het bestaan van een contractuele band tussen de betrokkene en de houder van het bestand (art. 9, 2°). Voor een bank betekent dit dat de kennisgevingsplicht niet bestaat ten aanzien van cliënten, ten minste voor zover bij de verwerking de finaliteit wordt gerespecteerd. Verwerking van persoonsgegevens die niet relevant is in het kader van de contractuele verhouding, valt niet onder de uitzondering (BAETEMAN, 1993, 35 in fine). Een dergelijke kennisgevingsplicht bestaat voor een bank wel ten aanzien van in een prospectiebestand opgenomen niet-clieñten. Problematischer wordt het wanneer men zich realiseert dat voor een overschrijving ten gunste van een cliënt van een andere bank, waarbij de verwerking van persoonsgegevens van deze laatste cliënt noodzakelijk is, een kennisgevingsplicht naar deze persoon toe op de bank rust. Bij K.B. kan worden voorzien in een vrijstelling van deze verplichting. Voor tal van bancaire verrichten is dit noodzakelijk. Zie MEYSMANS, 1992, 12-13, nr. 6.

²⁸¹ *B.S.*, 9 februari 1993.

nanciële maatregelen²⁸² voorschrijven dat bepaalde regels van de privacywet in het kader van de wet over het witwassen van geld niet van toepassing zijn²⁸³.

§ 18. SECTORIËLE BELGISCHE WETGEVING

1. *Diverse ad hoc regelingen.* — Vooraleer het in het Belgische recht tot een algemene regeling kwam, werden diverse ad hoc regelingen getroffen, zoals bv. het K.B. nr. 141 van 30 december 1982 tot oprichting van een databank betreffende de personeelsleden van de overheidssector²⁸⁴ gewijzigd door de wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken²⁸⁵, de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een rijksregister van de natuurlijke personen, het K.B. van 15 april 1985 betreffende de registratie van afbetalingscontracten²⁸⁶ (opgeheven bij K.B. van 20 november 1992)²⁸⁷, het K.B. van 16 december 1987 houdende de organisatie en werking van een centrale gegevensbank bij het Fonds voor Arbeidsongevallen²⁸⁸, de wet van 15 januari 1990 houdende de oprichting en organisatie van een kruispuntbank van de sociale zekerheid²⁸⁹, de wet van 18 juli 1990 tot wijziging van de wet betreffende de politie over het wegverkeer²⁹⁰, de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet²⁹¹ en de wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet.

2. *Verhouding tot de privacywet.* — Deze bijzondere wetgeving blijft ook na de privacywet van toepassing, in de mate waarin zij verenigbaar is met de privacywet. De privacywet legt immers de algemene principes vast inzake de privacybescherming bij verwerking van persoonsgegevens. De deelregelingen zijn een aanvulling op en concretisering van de basiswet²⁹².

²⁸² B.S., 26 juli 1993.

²⁸³ KEULENEERS/LONTINGS, 1993, 351; KUUS, «De privacy in de verdrinking bij de bestrijding van witwassen», *Computerrecht*, 1992/4, 152-156.

²⁸⁴ B.S., 13 januari 1983.

²⁸⁵ B.S., 14 augustus 1993. Art. 25 van de wet voert de verplichting in tot oprichting van geïnformateerde databanken van het personeel binnen elke overheidsdienst, met ingang van 1 januari 1995. Zie ook circulaire nr. 382 van 22 oktober 1993 van de minister van Ambtenarenzaken, B.S., 5 november 1993.

²⁸⁶ B.S., 20 april 1985.

²⁸⁷ Betreffende de verwerking van persoonsgegevens inzake consumentenkrediet (B.S., 11 december 1992) (zie hierna).

²⁸⁸ B.S., 25 december 1987, gewijzigd bij K.B. 17 december 1992 tot regeling van het gebruik van de informatiegegevens van het Rijksregister van de natuurlijke personen in het kader van de arbeidsongevallen van werknemers (B.S., 22 januari 1993).

²⁸⁹ B.S., 22 februari 1990 (met errata in B.S., 2 juni 1990 en 2 oktober 1990), gewijzigd door de wet van 6 augustus 1990 (B.S., 2 oktober 1990). Zie ook K.B. van 12 augustus 1993 houdende de organisatie van de informatieveiligheid bij de instellingen van sociale zekerheid, B.S., 21 augustus 1993.

²⁹⁰ B.S., 8 november 1990.

²⁹¹ Zie art. 1, 14° en 16°, en artt. 68-73 van de wet, alsmede het K.B. van 20 november 1992 betreffende de verwerking van persoonsgegevens inzake consumentenkrediet (B.S., 11 december 1992) en het K.B. van 20 november 1992 betreffende de registratie door de Nationale Bank van België van wanbetalingen inzake consumentenkrediet (B.S., 11 december 1992).

²⁹² Bv. concretisering van het finaliteitsprincipe voor de gegevensverwerking in de sector (§ 17/2.1).

Een typisch voorbeeld hiervan is de wet op het consumentenkrediet²⁹³. In het kader van het consumentenkrediet mogen slechts gegevens met betrekking tot de identiteit van de consument, het bedrag en de duur der kredieten, de periodiciteit van betalingen, eventueel toegestane betalingsfaciliteiten, betalingsachterstanden en de identiteit van de kredietverlener worden verwerkt (art. 69, § 3)²⁹⁴. De gegevens mogen slechts worden verwerkt via geoorloofde en wettelijke middelen (art. 69, § 2). Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt voor zover ze relevant, aangepast en niet overdreven zijn om de financiële toestand en de solvabiliteit van de consument te beoordelen (art. 69, § 1, nader geconcretiseerd bij K.B. van 20 november 1992). De wet somt uitdrukkelijk op aan welke derden de gegevens mogen worden meegedeeld en bepaalt eveneens dat de gegevens enkel kunnen worden gebruikt in het raam van het verstrekken of het beheer van kredieten of betalingsmiddelen die het privé-vermogen van een natuurlijke persoon kunnen bezwaren en waarvan de uitvoering op het privé-vermogen van deze persoon kan worden voortgezet, alsook in het raam van activiteiten onderworpen aan het K.B. nr. 225 van 7 januari 1936 tot reglementering van de hypotheaire leningen en tot controle op de ondernemingen van hypotheaire leningen (art. 69, § 4). Het gebruik wordt hier dus sterk beperkt, in tegenstelling tot bv. de aanbeveling van de Raad van Europa van 13 september 1990 in verband met de bescherming van persoonsgegevens gebruikt voor betalingen en aanverwante verichtingen, waar een ruimer gebruik van de gegevens in verband met betaalverrichtingen, bv. ook voor marketingdoel-einden, wordt toegelaten²⁹⁵. De diverse rechten van de betrokken consument en de verplichtingen van de houder van het bestand worden geregeld in de artt. 69 en 70 van de wet. Voor controle en toezicht wordt, naast de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, een sectorieel toezichtscomité in het leven geroepen (art. 72, § 2).

In opvolging van de verbruikerskredietcentrale bij de Nationale Bank van België wordt bij diezelfde instelling een centrale gegevensbank consumentenkrediet opgericht. In de negatieve centrale worden de wanbetalingen die voortvloeien uit kredietovereenkomsten inzake consumentenkrediet geregistreerd (art. 71, § 1). In deze centrale gegevensbank worden tevens de wanbetalingen met betrekking tot contracten van hypotheaire kredieten geregistreerd (art. 46 van de wet op het hypothecair krediet). De in deze databank opgenomen gegevens zijn slechts voor een beperkt aantal door de wetgever aangeduide personen toegankelijk (art. 69, § 4). Deze dienen hiertoe een erkenning door de minister van Economische Zaken te verkrijgen (artt. 74-75)²⁹⁶. Op-

²⁹³ Zie LETTANY, 1992, 351-393; MEYSMANS, «De verwerking van persoonsgegevens inzake consumentenkrediet», *Computerrecht*, 1993/1, 2-7. Cf. HENRY, «Droit au crédit et libertés: un équilibre délicat», *Rev.Reg.Dr.*, 1989, 145-171.

²⁹⁴ Cf. art. 10, tweede lid (zie § 17/2.2 - 1 in fine).

²⁹⁵ MEYSMANS, o.c., *Computerrecht*, 1993/1, 5.

²⁹⁶ Onlangs verscheen een uitvoeringsbesluit in verband met een der verplichtingen van de aanvrager van de erkenning, namelijk de toezending van statistische gegevens in verband met de uitgevoerde kredietverrichtingen (art. 75, § 3, 3°): K.B. van 30 december 1993 waarbij een halfjaarlijkse statistiek van de kredietovereenkomsten bedoeld door de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet wordt voorgeschreven, B.S., 20 januari 1994.

gemerkt dient te worden dat deze registratie niet vereist is voor kredieten hoger dan 860.000 frank die bij notariële akte verleden zijn ²⁹⁷. Een positieve centrale kan bij K.B. worden opgericht, drie jaar na de inwerkingtreding van de wet, voor de registratie van alle of een deel van de overeenkomsten die binnen het toepassingsgebied van de wet vallen (art. 71, § 2) ²⁹⁸.

§ 19. TOEGANG VOOR DERDEN TOT DE GEGEVENS: FINALITEITS-PRINCIPE

1. *Finaliteitsprincipe*. – Indien vaststaat dat bepaalde gegevens krachtens de wettelijke bepalingen mogen worden verzameld en opgenomen in een gegevensbank, rijst de vraag of en in welke mate deze gegevens aan derden mogen worden megedeeld. Het algemeen kader hiervoor wordt geboden door de privacywet. In bepaalde gevallen zal de verwerking van persoonsgegevens (en dus ook de mededeling daarvan aan derden ²⁹⁹) in een sectoriële wetgeving concreetiseerd zijn.

1° Allereerst speelt de aard der gegevens een belangrijke rol. Zo mogen medische gegevens niet aan derden worden megedeeld, behoudens een wettelijke of reglementaire bepaling ³⁰⁰. Voor de niet op een bijzondere wijze beschermde persoonsgegevens, zoals de informatie in verband met het vermogen van de betrokkene, wordt de toegankelijkheid van de gegevens voor derden bepaald aan de hand van het finaliteitsprincipe ³⁰¹. De gegevens mogen slechts worden verwerkt voor duidelijk omschreven wettelijk toegelaten doeleinden. Het gebruik ervan wordt evengoed beperkt door deze doeleinden. Dit betekent dus dat de houder van een bestand de gegevens slechts aan derden kan medelen voor zover een dergelijke mededeling verenigbaar is met de doelstellingen van de gegevensverwerking. Dit is een algemeen principe dat op alle gegevensbanken van toepassing is, ook die door de overheid georganiseerd (voor zover deze binnen het toepassingsgebied van de privacywet vallen) ³⁰², ook die door sectoriële wetgeving in het leven geroepen ³⁰³.

De wet maakt geen onderscheid tussen de interne en de externe mededeling ³⁰⁴. Dit betekent dat ook de terbeschikkingstelling van gegevens uit het bestand aan personen binnen de instelling of de onderneming onderworpen is aan het finaliteitsbeginsel. De personeelsdienst van een onderneming kan persoonsgegevens met betrekking tot de werknemers slechts doorgeven aan de klantendienst van hetzelfde bedrijf voor zover dit verenigbaar is met het finaliteitsprincipe ³⁰⁵.

2° Voor de bestanden van een head-hunter of van een mailingmaatschappij bestaat de hoofdactiviteit van de on-

derneming in het doorspelen van gegevens aan derden. Voor zover een dergelijke doelstelling wettig en welomschreven is, is het opzetten van zo een bestand perfect toegelaten. De mededeling aan derden is dit eveneens voor zover deze gebeurt in overeenstemming met voormelde finaliteit. De mededeling aan derden van gegevens kan ook een bijkomend aspect vormen van een andere operatie. Dit is bv. het geval wanneer een bank bij de uitvoering van een overschrijvingsopdracht van een cliënt persoonsgegevens omtrent deze cliënt meedeelt aan een andere financiële instelling ³⁰⁶. De bank kan de gegevens enkel medelen in overeenstemming met de finaliteit van het bestand. Indien zij de gegevens voor andere doeleinden wil gebruiken, zal, voor zover de verwerking rechtmatig is en de gegevens relevant zijn voor de nieuwe finaliteit, een nieuw bestand tot stand komen, over het bestaan waarvan de betrokkene eventueel dient te worden ingelicht (art. 9 privacywet). Tevens wordt gesteld dat impliciet uit het finaliteitsbeginsel volgt dat de instelling die de gegevens ontvangt, deze gegevens slechts kan behouden zolang als nodig voor de verwezenlijking van de doelstelling waarvoor de gegevens zijn verschaft ³⁰⁷.

2. *Informatiesystemen van de overheid*. – Alle door de overheid georganiseerde informatiesystemen dienen te functioneren in overeenstemming met de privacywet, behoudens de uitzonderingen bepaald in art. 3, § 2 ³⁰⁸. Mededeling van gegevens aan derden kan slechts gebeuren voor zover dit conform is aan het finaliteitsprincipe dat de wettelijk toegelaten doelstelling van de betrokken gegevensverwerking duidelijk omschrijft. Aldus zijn bepaalde gegevens vaak slechts toegankelijk voor bepaalde groepen van personen en niet voor onverschillig welke derde (externe beveiliging) ³⁰⁹. Daaraan wordt meestal ook een geheimhoudingsplicht opgelegd aan de bij de verwerking betrokken personen (interne beveiliging) ³¹⁰.

1° Dikwijls wordt de toegankelijkheid van door haar opgezette informatiesystemen uitdrukkelijk door de overheid geregeld (zie bv. de toegankelijkheid van de kruispuntbank van de sociale zekerheid ³¹¹). Een andere illustratie is het rijksregister. Het compromis tussen informatie en privacy wordt gevonden in een strikte regeling van de toegang tot de gegevens. Slechts personen en instellingen die daartoe bij K.B. gemachtigd zijn, hebben toegang tot het rijksregister ³¹². De lijst van gemachtigden is evenwel zo omvangrijk dat men het rijksregister bestempelt als een open databank

³⁰⁶ BOULANGER, 1993, 379, nr. 51.

³⁰⁷ BOULANGER, 1993, 379, noot 101.

³⁰⁸ Zie § 17/1.3.

³⁰⁹ Zie § 17/4.

³¹⁰ Zie § 17/4.

³¹¹ Zie BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, 1993, vierde druk, 81-86, nrs. 142-148.

³¹² Bv. diverse overheidsadministraties, rijkswacht, gerechtsdeurwaarders, notarissen, griffiers van de rechtbanken, particuliere instellingen met een opdracht van openbaar belang zoals ziekenfondsen en verzekeringsmaatschappijen. Zie bv. recent K.B. van 6 december 1993 waarbij aan sommige overheden van het Ministerie van Onderwijs, Onderzoek en Opleiding van de Franse Gemeenschap toegang wordt verleend tot het Rijksregister van de natuurlijke personen, *B.S.*, 30 december 1993. Cf. ook K.B. van 12 november 1993 waarbij aan bepaalde overheden van het Ministerie van de Duitstalige Gemeenschap machtiging wordt verleend het identificatienummer van het Rijksregister van de natuurlijke personen

²⁹⁷ Voor een analyse daaromtrent, zie «Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet: een nieuwe onopgemerkte notariële bevoegdheid», *Notarius Actueel*, 1993/4, 17-18.

²⁹⁸ Zie daarover LAMBRECHTS, «Hard of soft law: gedragscode kredietverleners», *Jura Falc.*, 1991-92, nr. 4, (163), 168-170.

²⁹⁹ Zie § 18/2.

³⁰⁰ Zie § 17/2.2 - 2°.

³⁰¹ Zie § 17/2.1.

³⁰² Zie de kritiek sub § 17/1.3 - 2°.

³⁰³ Zie § 18/2.

³⁰⁴ BOULANGER, 1993, 378, nr. 46.

³⁰⁵ BAETEMAN, 1993, 22, nr. 19 in fine.

voor alle overheidsinstellingen en instellingen belast met opdrachten van algemeen belang³¹³. Met het oog op de bescherming van de privacy zijn alle personen betrokken bij de verwerking van of toegang tot de gegevens gebonden door een beroepsgeheim (art. 11, eerste lid). Daarnaast heeft de betrokkene het recht op mededeling van de over hem opgenomen gegevens en tot verbetering daarvan (art. 10). Door art. 12 werd een Raadgevende Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opgericht, vervangen door de bij art. 92 van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid ingevoerde Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, waaraan een zekere advies- en onderzoeksbevoegdheid toekomt. De opdracht van de commissie werd verder uitgebreid door de wetten van 18 juli 1990 betreffende de politie over het wegverkeer, de wet op het consumentenkrediet en de wet op het hypothecair krediet. Met de privacywet verkrijgt de commissie een algemene controle-, advies- en onderzoeksbevoegdheid met betrekking tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van persoonsgegevens (artt. 23-26 privacywet).

2° Krachtens art. 3, § 2, privacywet vallen onder meer de verwerkingen waarbij uitsluitend persoonsgegevens worden aangewend die ingevolge een wet of reglement onder een voorschrift van openbaarmaking vallen, niet onder het toepassingsgebied van de wet. Zoals werd opgemerkt³¹⁴ moet deze volledige uitsluiting worden betreurd: toepassing van het finaliteitsprincipe op deze informatiesystemen van verplichte publiciteit verdient aanbeveling. De toegankelijkheid van deze systemen wordt in de desbetreffende wettelijke bepalingen geregeld.

Zo worden met betrekking tot de registers van de burgerlijke stand de behoefte aan informatie en de bescherming van de privacy van de betrokkene met elkaar verzoend door de openbaarheid en toegankelijkheid van de registers van de burgerlijke stand te conditioneren (art. 45 B.W.)³¹⁵. Iedereen kan een uittreksel van een akte van de burgerlijke stand ontvangen, doch daarin wordt geen melding gemaakt van de afstamming van de betrokkene. Enkel een bepaalde categorie van belanghebbenden kan een eensluidend afschrift verkrijgen van een akte van de burgerlijke stand.

Ook voor de toegankelijkheid van bevolkingsregister en vreemdelingenregister is een nauwkeurige regeling uitgewerkt. De precieze informatie die in deze registers wordt opgenomen, is bij K.B. vastgelegd³¹⁶. Controle van de betrokkene omtrent de over hen opgenomen gegevens wordt mogelijk gemaakt door een recht op toegang en verbetering van de registers³¹⁷. Een ieder kan een uittreksel uit de registers

verkrijgen voor zover de inlichtingen die zij bevatten op hem betrekking hebben³¹⁸. Een ieder kan op schriftelijk en ondertekend verzoek een uittreksel uit de registers krijgen betreffende een ander persoon wanneer de afgifte van die documenten door of krachtens de wet is voorgeschreven of toegestaan³¹⁹. Wat hieronder concreet moet worden begrepen werd onlangs in een ander K.B. verduidelijkt³²⁰. Het betreft onder andere de documenten die nodig zijn voor de tenuitvoerlegging of voor de voortzetting van een procedure wanneer de rechtspleging de aanwijzing vereist van de woonplaats van de persoon jegens wie ze ten uitvoer gebracht of vervolgd dient te worden. Het uittreksel bevat slechts de informatie die nodig is voor de rechtspleging. Aldus worden de modaliteiten waaronder een schuldeiser het adres van zijn schuldenaar kan opzoeken via het bevolkingsregister, strikt gereguleerd³²¹. In principe kunnen derden, particuliere personen, de registers niet raadplegen³²². Evenmin mag, behoudens uitzonderingen, een lijst van personen ingeschreven in de registers aan derden worden verstrekt³²³. Dit laatste om te vermijden dat deze lijsten voor commerciële doeleinden worden gebruikt.

De toegankelijkheid van het handelsregister en van het centraal handelsregister wordt geregeld in de artt. 36-40 van het K.B. van 20 juli 1964. De lijst van geregistreerde protesten betreffende de niet-betaling van geaccepteerde wisselbrieven en orderbriefjes ligt ter griffie van de rechtbank van koophandel, waar een ieder er inzage van kan nemen (art. 443 Faill.W.)³²⁴. De berichten van beslag, delegatie en overdracht kunnen (en moeten eventueel)³²⁵ worden geadviseerd door advocaten, gerechtsdeurwaarders en notarissen (art. 1391 Ger.W.).

De hypotheekbewaarder geeft getuigschriften of afschriften af (art. 127 Hyp.W.). De administratie van het kadaster reikt uittreksels of afschriften uit van de kadastrale bescheiden (art. 504 W.I.B. 1992). De gegevens opgenomen in de registers van de ontvanger van registratie en domeinen zijn in beginsel vertrouwelijk en mogen niet aan derden worden meegedeeld (art. 146bis W. Succ., art. 236bis W.Reg.). Hierop zijn er twee uitzonderingen, waarbij bepaalde gegevens mogen worden meegedeeld zonder rechterlijke tussenkomst (art. 143, 1°, art. 144 en art. 146 W. Succ., art. 236 W.Reg.), terwijl voor de vrijgave van andere gegevens de voorafgaande toestemming van de vrederechter wordt vereist (art. 143, 2°, W.Succ. en art. 236 W.Reg.).

recht op verbetering van deze registers, *B.S.*, 15 augustus 1992 (18040-18041).

³¹⁸ Art. 2 van het K.B. van 16 juli 1992 betreffende het verkrijgen van informatie uit de bevolkingsregisters en uit het vreemdelingenregister, *B.S.*, 15 augustus 1992 (18045-18047).

³¹⁹ Art. 3 van voormeld K.B.

³²⁰ K.B. van 2 juli 1993 tot wijziging van het K.B. van 16 juli 1992, *B.S.*, 16 juli 1993.

³²¹ Cf. § 2.6.

³²² Art. 5 van het K.B. van 16 juli 1992.

³²³ Artt. 6-7 van voormeld K.B.

³²⁴ Het privé-initiatief heeft aan deze publiciteit ruime verspreiding gegeven door middel van de *Moniteur du Commerce Belge* – Lijst der Protesten (DIRIX/DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, tweede druk, 1992, 38, nr. 52 in fine).

³²⁵ MICHIELS, «Cer verplichte raadpleging van de beslagberichten door de notaris», *T.Not.*, 1993, 259-266.

te gebruiken (met advies nr. 18/92 van 18 december 1992 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en met advies van 18 mei 1993 van de Raad van State), *B.S.*, 18 december 1993.

³¹³ BAETEMAN, *o.c.*, 80, nr. 137.

³¹⁴ Sub § 17/1.3 - 2°.

³¹⁵ BAETEMAN, *o.c.*, 1993, 198-199, nr. 337.

³¹⁶ K.B. van 16 juli 1992 tot vaststelling van de informatie die opgenomen wordt in de bevolkingsregisters en in het vreemdelingenregister, *B.S.*, 15 augustus 1992 (18038-18040).

³¹⁷ K.B. van 16 juli 1992 betreffende het recht op toegang tot de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister en betreffende het

3. *Informatiesystemen bij privé-initiatief*. - Uiteraard dienen ook, a fortiori, de door het privé-initiatief tot stand gebrachte gegevensbestanden in overeenstemming te zijn met de privacywet. In bepaalde gevallen heeft de wetgever de bescherming van de privacy bij de verwerking van persoonsgegevens geconcretiseerd via bijzondere wetgeving ³²⁶.

20. BEHOEFTE AAN EEN CENTRALE OVERHEIDSDATABANK ?

De door de overheid georganiseerde informatiesystemen zijn talrijk. ³²⁷ Enige punten van kritiek werden reeds geformuleerd. Zo is de perceelsgewijze bodemregistratie te verkiezen boven onze persoonsgewijze hypothecaire inrichting ³²⁸. Tevens valt te betreuren dat de privacywet, of op zijn minst het finaliteitsprincipe niet van toepassing is op tal van belangrijke informatiesystemen die door de overheid worden ingericht ³²⁹. De vraag rijst of een algehele herstructurering van door de overheid georganiseerde informatiesystemen en gegevensbanken via oprichting van één centrale en uniforme overheidsdatabank aanbeveling verdient.

In elk geval zou de informatie over de vermogenstoestand van een persoon op een veel efficiëntere wijze kunnen worden georganiseerd, door de creatie van zo een centrale overheidsdatabank waarin alle gegevens van een persoon worden verwerkt, zowel inzake persoons-, vermogens- en bodemregistratie. De krachtlijnen hiervoor zijn reeds meer dan tien jaar geleden voorgesteld, waarbij werd gewezen op het onderscheid tussen informatieverzameling en informatieverstrekking, op de noodzaak van een strikte beveiliging van de verwerkte gegevens en een strikte regeling inzake de toegankelijkheid van de informatie ³³⁰. Thans bestaat er met de privacywet een algemeen wettelijk kader dat in theorie een voldoende bescherming biedt van de privacy van personen ³³¹ over wie persoonsgegevens worden verwerkt.

Toch kan ik mij niet aansluiten bij het voorstel om een centrale overheidsbank in te richten. Allereerst biedt het

privacy-beschermend effect dat volgt uit de dispaartheid van de bestaande overheidsinformatiesystemen een welkome bijkomende waarborg. Het is overduidelijk dat de efficiëntie van de informatiewerving door een schuldeiser omtrent de vermogenstoestand van de schuldenaar niet ten goede komt. Bij de belangenafweging tussen het recht op informatie van de schuldeiser en het recht op privacy van de betrokken schuldenaar moet echter op grond van het principe van de proportionaliteit niet worden gezocht naar meest efficiënte of optimaal werkende informatieverstrekking voor de schuldeiser, maar wel naar een systeem waarbij de schuldeiser in de mogelijkheid wordt gesteld de gegevens te krijgen op een voor de privacy van de betrokkene zo min mogelijk schadelijke wijze. Als de schuldeiser dus op een redelijke wijze, zij het soms met enige moeite en spoorwerk, de nodige informatie kan krijgen, dan is aan zijn legitieme claim op informatie voldaan. Het komt mij voor dat het bestaande disparate landschap van informatiesystemen, behoudens enige punten van kritiek, de schuldeiser redelijkerwijze in staat stelt de nodige gegevens te vinden. Een centrale databank zou, ondanks de beveiligingsmechanismen conform de privacywet, een Big Brother-effect creëren, waarbij de privacy op te verregaande wijze wordt opgeofferd aan de informatiebehoefte van derden ³³². Dit standpunt moet worden begrepen in het licht van het pleidooi tot de invoering van een verplichting voor de schuldenaar om bij de gedwongen tenuitvoerlegging aan zijn schuldeiser via de instrumenterende gerechtsdeurwaarder een vorm van inzage in zijn vermogenstoestand te verschaffen ³³³.

Alain VERBEKE

K.U. Leuven - U.I. Antwerpen

³²⁶ Zie §18/2.

³²⁷ Zie § 14.

³²⁸ Zie § 14/5.

³²⁹ Zie §§ 17/1.3 - 2° en 19/2 - 2°.

³³⁰ DE CORTE, 1983, 355-361.

³³¹ Echter niet voor rechtspersonen (§ 17/1.1), die in het voorstel van De Corte ook in de centrale databank moeten worden opgenomen (DE CORTE, 1983, 358, nr. 48 in fine).

³³² In die zin ook GERLO, o.c., *VI.T.Gez.*, 1985-86, 188 in fine; GULDIX, 1986, 498, nr. 983 in fine.

³³³ Zie § 13/3.

WERKZAAMHEID VAN GERECHTELIJKE UITSPRAKEN T.A.V. DERDEN

I. INLEIDING

1. Het lijkt wellicht paradoxaal om in het kader van een congres dat handelt over «Recht en (on)zekerheid» te kiezen voor een onderwerp waarover, een paar detailpunten en één enkele afwijkende mening niet te na gesproken, doctrine en jurisprudentie het roerend eens zijn. Nog n.a.v. de tostandkoming van de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, beklemtoonde em. proc. gen. Krings dat het Hof van Cassatie sinds 1967 in tal van domeinen, o.m. op het vlak van de werking van gerechtelijke beslissingen jegens derden, door zijn constante rechtspraak stabiliteit en rechtszekerheid heeft weten te verwezenlijken¹.

Dat ik het met die zienswijze — ondanks de autoriteit van deze rechtsgeleerde en zijn grote verdiensten o.m. op het terrein van het gerechtelijk recht — niet eens ben, vormde de rechtstreekse aanleiding van mijn keuze. Met deze keuze meen ik ook treffend te kunnen illustreren dat men rechtszekerheid wel kan nastreven — en behoort na te streven — maar dat het werkelijk bereiken ervan niet van deze wereld is. Steeds opnieuw zal immers de noodzaak opduiken om het recht verder te ontwikkelen en te verfijnen, n.a.v. omstandigheden waarop nog geen regel past. Achter (de verhoop-) rechtszekerheid schuilt stevast onzekerheid.

Deze studie vormt dus evenmin een eindpunt. Het is overigens niet mijn ambitie om binnen dit preadvies elk mogelijk onderdeel van het behandelde onderwerp omstandig te gaan ontleden en toelichten. Wel beoog ik een aantal krijtlijnen uit te zetten en een richting aan te geven waarin verder onderzoek kan worden gevoerd.

II. SCHETS VAN DE HUIDIGE OPVATTINGEN IN JURISPRUDENTIE EN DOCTRINE OVER DE WERKZAAMHEID VAN GERECHTELIJKE UITSPRAKEN T.A.V. DERDEN

A. De gerechtelijke hervorming: art. 1351 B.W. wordt art. 23 Ger.W. Ogenschijnlijk blijft alles bij het oude

2. N.a.v. de gerechtelijke hervorming werd de bepaling die voorheen vervat was in art. 1351 B.W., op één woord na, ongewijzigd overgebracht naar art. 23 Ger.W. Aangevuld met vijf nieuwe artikelen (artt. 24 t.e.m. 28 Ger.W.), die de interpretaties welke het Hof van Cassatie van voormeld art. 1351 B.W. had gegeven² bekrachtigde en/of verduidelijkte,

¹ KRINGS, E., «Evolutie van de rechtspraak betreffende het gerechtelijk recht in de loop van de jaren 1970 tot 1992», in Interuniversiteir Centrum voor Gerechtelijk Recht (red.), *Het vernieuwd gerechtelijk recht — Eerste commentaar bij de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek*, Antwerpen, Kluwer, 1992, (179), 180, nr. 3, en 181-182, nr. 4.4.

² VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, DI I, Brussel, Belg. Staatsblad, 1964, 52; MAHAUX, P., «Het rech-

terlijk gewijsde en het Gerechtelijk Wetboek», *R.W.*, 1971-72, (105), 107-108.

vormt het aldaar hoofdstuk IV - getiteld «Rechterlijk gewijsde» — van deel I (Algemene Beginselen) van het Gerechtelijk Wetboek. De koninklijke commissaris³ en met hem een unanieme doctrine⁴ beklemtoonden dat de wetgever met deze operatie geenszins de bedoeling had het karakter en de reglementering van het gezag dat de wet aan het rechterlijk gewijsde toekende, te wijzigen. Zo besloot adv.-gen. Mahaux in zijn openingsrede dat ook het Gerechtelijk Wetboek de regel van de betrekkelijkheid van het gezag van gewijsde huldigt door dit in zijn art. 23 afhankelijk te stellen van de juridische identiteit van de in de zaak staande partijen⁵.

B. De stelling Roland op de theorie van het dubbel vermoeden van waarheid

3. In zijn toelichting op die bepaling liet Van Reepinghen echter — nogal onopvallend — een ander geluid horen. Nadat hij verwezen had naar de overvloedige uitleg over het begrip gezag van gewijsde in door hem in voetnoot opgenomen (klassieke) rechtsleer en rechtspraak, vatte hij op het einde van deze noot de toentertijd zeer recente stelling van de Franse auteur Henri Roland als volgt samen: «Wie het voordeel heeft van het vermoeden van het rechterlijk gewijsde, (...) kan het bestaan en de waarde ervan als ondeelbaar houden, tegenstelbaar tegen allen, zoals elk bewijsmiddel dat bestemd is om het bestaan en de omvang van een recht te doen blijken. Toch is het gezag van het rechterlijk gewijsde ten eerste veranderlijk in zijn *doeltreffendheid*; tussen partijen is het vermoeden onaantastbaar, ten aanzien van derden is het slechts een vermoeden *juris tantum*. In andere woorden 'la tierce opposition, fonctionnant comme un procédé de renversement de la présomption, ne peut être utilisée que par ceux à l'égard desquels la présomption n'a pas une force indestructible'»⁶.

4. Deze verwijzing werd m.i. helemaal niet toevallig opgenomen. Van Reepinghen was immers met het in 1958 gepubliceerde doctoraal proefschrift van het Roland⁷ goed vertrouwd. Hij had dit werk uitvoerig besproken voor het *Journal des Tribunaux*, waarbij hij onomwonden uiting gaf aan zijn grote bewondering voor de door deze auteur verdedigde stellingen⁸. Deze weken nochtans aanzienlijk af van het-

terlijk gewijsde en het Gerechtelijk Wetboek», *R.W.*, 1971-72, (105), 107-108.

³ VAN REEPINGHEN, Ch., *o.c.*, I, 52.

⁴ Zie o.m. MAHAUX, P., *o.c.*, *R.W.*, 1971-72, (105), 106; RUTSAERT, J., *R.P.D.B.*, Complément III, 1983, V° *Chose jugée*, (256), 262, nr. 2.

⁵ MAHAUX, P., *o.c.*, *R.W.*, 1971-72, (105), 119.

⁶ VAN REEPINGHEN, Ch., *o.c.*, I, 51, noot 64.

⁷ ROLAND, H., *Chose jugée et tierce opposition*, Parijs, L.G.D.J., 1958.

⁸ VAN REEPINGHEN, Ch., «Bibliographie», *J.T.*, 1959, 572-573. ROLAND was de tweede Franse auteur die de werkzaamheid van rech-

geen tot dan toe gemeenzaam in de Belgische jurisprudentie en doctrine was verdedigd, nl. een (strikt) tot de gedingvoerende partijen beperkt gezag van gewijsde⁹. Zoals uit de hierboven geciteerde samenvatting van de visie van Roland in het Verslag over de Gerechtelijke Hervorming blijkt, kent deze auteur aan het gezag van gewijsde – dat hij, net zoals de klassieke auteurs, kwalificeerde als een wettelijk vermoeden van waarheid¹⁰ – immers geen relatief maar wel een *absoluut* karakter toe¹¹.

5. De draagwijdte van dit *erga omnes* aanvoerbaar vermoeden van waarheid moet wel genuanceerd worden, naargelang het wordt aangevoerd tussen partijen, dan wel t.a.v. derden. *Inter partes* geldt dit vermoeden volgens Roland *juris et de jure*, is het m.a.w. onweerlegbaar¹². T.a.v. derden – die niet in de gelegenheid geweest zijn hun middelen te laten gelden nopens de beslechte aanspraken – betreft het slechts een weerlegbaar vermoeden¹³. Aan derden moet immers de mogelijkheid geboden worden het bewijs te leveren dat de (eerste) rechter onjuist heeft geoordeeld. Wenst de derde van deze mogelijkheid gebruik te maken, dan is hij volgens Roland *verplicht* hiertoe derdenverzet aan te wenden¹⁴. De *erga omnes* uitstraling van het wettelijk vermoeden

terlijke uitspraken jegens derden uitvoerig heeft bestudeerd. Een eerste studie werd aan dit onderwerp gewijd door Louis BOYER («Les effets des jugements à l'égard des tiers», *Rev. trim.dr.civ.*, 1951, 163-207). Hiermee kwam overigens een einde aan de klassieke, negentiende-eeuwse opvatting waarin werd gesteld dat uitspraken van hoven en rechtbanken geen enkele werking t.a.v. derden hadden (cf. CARRÉ, G.-J.-L. en CHAUVÉAU, A., *Lois de la procédure civile*, Brussel, A. Wahlen en C°, 1841, IV, 178, nr. 1709: «(...) lorsqu'on m'oppose un jugement auquel je n'ai pas été partie, c'est comme si on m'oppose une feuille de papier blanc»).

⁹ R.P.D.B., DI, II, V° *Chose jugée*, 5, nr. 6, en 7, nrs. 25-32.

¹⁰ ROLAND ging in zijn studie uit van een doorgedreven analyse van de rechtsprekende handeling. Volgens hem kunnen hierin twee, opeenvolgende daden worden onderscheiden die ieder een bepaald aspect van de werkzaamheid van de rechterlijke uitspraak beheersen. Aan de verstands- of redeneerdaad van de rechter, dit is de beoordeling van de door de partijen voor hem gebrachte aanspraken, wordt door de wet (art. 1350, 3°, C.c.) een vermoeden van waarheid gekoppeld. Aan de daaropvolgende wilswaard – het (gedeeltelijk) toekennen, c.q. afwijzen van de vordering – van de rechter, kent de wet daarentegen bindende kracht toe. Deze laatste werking van de uitspraak is, nog steeds volgens ROLAND, strikt beperkt tot diegenen die partij waren in het geding dat tot de uitspraak heeft geleid. Dit is het natuurlijk domein van de betrekkelijkheid of de relatieve werking van de uitspraak (ROLAND, H., *o.c.*, 149, nr. 117; 194-197, nrs. 164-168).

¹¹ Zie hierover in detail ROLAND, H., *o.c.*, 78, nr. 53; 165-168, nrs. 134-137. Roland's thesis steunt op een stelling die reeds in 1872 – met weinig succes – door NAQUET, E., «Caractères de la tierce opposition», *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1872-73, II, 35 e.v.; noot sub Aix, 29 februari en 15 maart 1872, S., 1873, II, 49, werd verdedigd. Zie over de stelling van NAQUET ook LE PAIGE, A., *Handboek voor Gerechtelijk Recht*, IV, *Rechtsmiddelen*, Antwerpen, Standaard, 1973, 166, nr. 167; WIERSMA, K., *Het rechtsmiddel verzet van derden*, Leiden, Universitaire Pers, 1952, 9.

¹² ROLAND, H., *o.c.*, 156, nr. 125. Enige nuancering is hier vereist: het vermoeden van waarheid wordt *inter partes* slechts echt onweerlegbaar indien tegen de met gezag van gewijsde beklede uitspraak geen rechtsmiddelen meer kunnen worden aangewend.

¹³ ROLAND, H., *o.c.*, 198-206, nrs. 169-175.

¹⁴ ROLAND, H., *o.c.*, 213-218, nrs. 184-190 en 222, nr. 195. Hiermee sloot hij zich aan bij de zienswijze van BOYER, L., *o.c.*, *Rev.*

den van waarheid waarmee de uitspraak in de visie van Roland is bekleed, verhindert namelijk dat de derde zich verschuilt achter de relatieve werking van het vonnis¹⁵.

C. Het arrest «De Busschere»: de visie van Roland doet haar intrede in ons positief recht

6. Wellicht zou die – sterk van de traditionele opvattingen afwijkende – visie van Henri Roland niet veel invloed hebben uitgeoefend op de verdere ontwikkeling van de begrippen gezag van gewijsde en werkzaamheid van de uitspraak t.a.v. derden indien ze niet, nog tijdens de totstandkoming van het Gerechtelijk Wetboek, (grotendeels) door het belangrijke cassatiearrest van 20 april 1966¹⁶ werd onderschreven¹⁷.

7. Bij een, in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brugge van 18 december 1952 werd voor recht gezegd dat de P.V.B.A. «Manufacture de chaussures de luxe De Busschere», nietig en van generlei waarde was vanaf haar stichtingsdatum, wegens het niet in acht nemen van het toenmalig art. 119 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen¹⁸. Dit vonnis werd gewezen tussen voormelde P.V.B.A. en al haar vennoten.

8. Naderhand rees er een fiscaal geschil tussen de P.V.B.A. en haar vennoten enerzijds en de administratie der Di-

trim.dr.civ., 1951, (163), 190, nr. 27, en 192, nr. 29, en SAVATIER, R., noot sub Cass.fr., civ., 23 april 1925, *D.*, 1925, I, 203, in zake Gervais. In de klassieke (Franse) doctrine werd het derdenverzet omschreven als hetzij een totaal overbodig en nutteloos (CARRÉ, G. en CHAUVÉAU, A., *o.c.*, Brussel, A. Wahlen en C°, 1841, IV, 176-181, nr. 1709), hetzij een louter facultatief rechtsmiddel (daar het relatief gezag van gewijsde waarmee een gerechtelijke uitspraak bekleed was aan de derde een keuzemogelijkheid openliet; deze kon zich vergenoegen met een beroep op de exceptie afgeleid uit het relatief karakter van het gewijsde of hij kon derdenverzet aantekenen (zie verwijzingen bij ROLAND, H., *o.c.*, 41-42, nrs. 24-25; LE PAIGE, A., *o.c.*, IV, 158, nr. 162, en noot 5 aldaar; DUCLOS, J., *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, Parijs, L.G.D.J., 1984, 117, nr. 91, en noot 67 aldaar).

¹⁵ ROLAND, H., *o.c.*, 215, nr. 187: «(...) la tierce opposition est donc obligatoire, ce n'est que le corollaire inéluctable du déplacement de la preuve, en matière de présomption de droit».

¹⁶ Cass., 20 april 1966, *Pas.*, 1966, I, 1055, *R.W.*, 1966-67, 511, *Bull.Bel.*, 1967, 1515, *Rev.Fisc.*, 1966, 349. De tekst van dit arrest, geannoteerd door VAN SLYCKEN, L., werd eveneens gepubliceerd in STORME, M., en VAN SLYCKEN, L., *Compendium van Rechtspraak*, STORME, M., (red.), *Bibliotheek Gerechtelijk Recht*, II, Gent, Gakko, 1972, «Bewijskracht-arrest».

¹⁷ In diezelfde zin: LE PAIGE, A., *o.c.*, IV, 171, nr. 170.

¹⁸ Dit, ondertussen (bij art. 3 W. 15 juli 1985, *B.S.*, 14 augustus 1985) opgeheven, artikel bepaalde o.m. dat de P.V.B.A. enkel natuurlijke personen onder haar leden mag tellen. In casu was een deel van de inbreng in de P.V.B.A. De Busschere verricht via natuurlijke personen die, in hun hoedanigheid van vereffenaar van een ontbonden N.V., de actieve en passieve handelswaarden van deze N.V. inbrachten. Zie voor een uitvoerige bespreking van de vennootschapsrechtelijke aspecten van dit arrest o.m. RONSE, J., «Overzicht rechtspraak vennootschapsrecht (1964-1967)», *T.P.R.*, 1967, (629), 674 e.v., nrs. 82-85; VAN RYN, J. en VAN OMMESLAGHE, P., «Examen de jurisprudence (1966 à 1971) – Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1973, (315), 338 e.v., nr. 10.

recte Belastingen anderzijds¹⁹. Tijdens de rechtspleging voor het Hof van Beroep te Gent wordt door eerstgenoemde voormeld vonnis aangevoerd. In zijn, door de voorziening in cassatie bestreden, arrest van 14 mei 1963 overwoog het Gentse hof allereerst dat dit vonnis geen «kracht van gewijsde» (*sic*) had t.a.v. de administratie. Verder oordeelde het arrest dat de uitspraak van de Brugse rechtbank van koophandel aan de administratie, ingevolge art. 1351 B.W., «niet tegenstelbaar» was. Het hof van beroep besloot dat dit vonnis de nietigheid van het afgesloten contract van vennootschap t.a.v. de fiscus niet vermocht te bewijzen²⁰.

9. In de cassatievoorziening die door de partijen De Busschere tegen dit arrest werd ingesteld, voerden zij een schending van de artt. 1350, 1351 en 1352 B.W. (die *uitsluitend* handelen over «vermoedens die bij de wet zijn ingesteld») aan. In het eerste onderdeel van het enige middel werd gesteld dat, buiten het geval van bedrog (hetgeen door het bestreden arrest noch geconstateerd noch aangevoerd werd), het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brugge «aan allen tegenstelbaar is». In het tweede onderdeel werd gesteld dat het vonnis, ook indien de nietigverklaring ten onrechte werd uitgesproken, desalniettemin bindend bleef voor de administratie²¹.

10. In antwoord op het tweede onderdeel van dit cassatiemiddel, overwoog het Hof van Cassatie, op eensluidende conclusie van toenmalig adv.-gen. Krings²²: «Overwegende dat het arrest (...) de bewijskracht²³ van de beslissing verward met de exceptie van het rechterlijk gewijsde; dat, zo de exceptie van het rechterlijk gewijsde betrekkelijk is en slechts tussen de partijen kan worden opgeworpen, zulks evenwel niet belet dat de beslissing bewijskracht heeft ten

aanzien van derden, onder voorbehoud van de rechtsmiddelen die de wet hen toekent, onder meer van het middel dat kan uitgeoefend worden door het incidenteel derden-verzet; Overwegende dat uit het arrest blijkt dat het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Brugge, door de eisers slechts ingeroepen werd om de nietigheid van de vennootschap te bewijzen; dat het dus wel om de bewijskracht van dit vonnis ging; dat het arrest derhalve, door te beslissen dat bedoeld vonnis geen bewijskracht had tegenover de administratie, de in het middel aangehaalde wetsbepalingen heeft geschonden; (...)»²⁴.

11. Deze overwegingen nemen m.i. in wezen de kern over van het betoog van Roland. Alleen wordt de werkzaamheid van de uitspraak t.a.v. derden hierin niet gekwalificeerd als een aspect van het gezag van gewijsde. Ze wordt daarentegen toegeschreven aan de «bewijskracht» (lees: (wettelijke) bewijswaarde²⁵) van de beslissing. Dat dit verschil in betiteling geen afbreuk doet aan de essentie van de zienswijze van Roland, wordt hierna aangetoond (zie infra, nrs. 14-15).

12. Nog aan te stippen valt dat in het verslag Hermans²⁶ – in antwoord op een vraag van een commissielid naar de draagwijdte van art. 23 Ger.W. – onder verwijzing naar het cassatiearrest van 20 april 1966²⁷ de theorie van Roland werd samengevat.

D. Het Hof van Cassatie bevestigt en verfijnt zijn opvatting over de werkzaamheid van gerechtelijke uitspraken t.a.v. derden

13. De weg die het met het arrest De Busschere had ingeslagen, werd tot op heden door ons hoogste rechtscollege trouw gevolgd²⁸. In drie arresten²⁹, verspreid over nagenoeg een kwarteeuw, bevestigde en verfijnde ons Hof van

¹⁹ Het Ministerie van Financiën had, geen rekening houdend met het vonnis van nietigverklaring van de vennootschap, belastingen gevestigd op de verdeelde sommen, na aftrek van het gerevalueerde kapitaal van de vennootschap.

²⁰ Zie over de toenmalige betwisting nopens het relatief dan wel absoluut karakter dat aan het gezag van gewijsde van vonnissen gegeven inzake nietigverklaringen van vennootschappen diende te worden toegekend, de in vorige noot vermelde rechtspraakoverzichten en verwijzingen aldaar. Zie ook RONSE, J., *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent, E. Story-Scientia, 1975, 102, nr. 201, en de verwijzingen aldaar. Zie voor het thans geldende recht art. 13quater Venn.W.; RONSE, J., VAN HULLE, K., NELISSEN, J.-M. EN VAN BRUYSTEGEM, B., «Overzicht van rechtspraak (1968-1977) - Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, (681), 722, nr. 50.

²¹ Er werd immers, aldus de eisers in cassatie, door het bestreden arrest niet aangevoerd dat er door het vonnis slechts een schijn van nietigverklaring zou zijn verwekt.

²² Het is niet zonder belang hier eraan te herinneren dat de heer Krings, als adjunct van koninklijk commissaris Van Reepinghen, de gerechtelijke hervorming heeft helpen voorbereiden. Na het overlijden van stafhouder Van Reepinghen werd de heer Krings overigens bij K.B. van 17 juni 1966 op zijn beurt benoemd tot koninklijk commissaris. In deze beide hoedanigheden heeft de heer Krings wezenlijk tot deze hervorming bijgedragen (zie *Gedr.St.*, *Kamer*, 1965-66, nr. 59/49, 2). In dezelfde zin: LE PAIGE, A., *o.c.*, IV, 190, nr. 181.

²³ De vertaling van het arrest, zoals deze gepubliceerd werd in de *Pasicrisie*, spreekt van «force probante». Dit staat voor «wettelijke bewijswaarde», d.i. de mate of de graad waarin een bewijsmiddel volgens de wet bewijs oplevert en waardoor de rechter gebonden is (DUMON, F., «De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van akten», *R.W.*, 1978-79, (257), 307, nrs. 35-37).

²⁴ Tegen het arrest op verwijzing werd andermaal een cassatievoorziening aangewend, hetgeen leidde tot het arrest van 7 februari 1975 (*Arr.Cass.*, 1975, 642, *R.W.*, 1974-75, 2654, *J.T.*, 1975, 396, *R.P.S.*, 1975, 34, nr. 5834). Nopens de hier behandelde problematiek wordt hierin evenwel niets nieuws aangebracht, zodat er bij dit tweede arrest niet hoeft te worden stilgestaan.

²⁵ Zie overigens uitdrukkelijk in die zin *Cass.*, 16 oktober 1981, *Arr.Cass.*, 1981-82, nr. 122, *Pas.*, 1982, I, 245, *R.W.*, 1981-82, 2477.

²⁶ *Gedr.St.*, *Kamer*, 1966-67, nr. 59/49, 8; vgl. MAHAUX, P., *o.c.*, *R.W.*, 1971-72, (105), 107.

²⁷ FETTWIS, A., «L'effet obligatoire du jugement», *Ann.Fac.Dr. Liège*, 1987, (217), 222, nr. 9, wees reeds op het uitzonderlijk karakter van de opname van een toenmalig zeer recent arrest in de parlementaire voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek. M.i. moet deze verwijzing zonder meer beschouwd worden als een duidelijke stellingname over de richting waarin de rechtspraak nopens de werkzaamheid van gerechtelijke uitspraken t.a.v. derden diende te evolueren.

²⁸ In dezelfde zin: KRINGS, E., *o.c.*, in Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht (red.), *o.c.*, Antwerpen, Kluwer, 1993, (179), 181-182, nrs. 4.4.

²⁹ *Cass.*, 27 juni 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 1163, *Pas.*, 1975, I, 1053, *R.W.*, 1975-76, 1931; *Cass.*, 16 oktober 1981, *Arr.Cass.*, 1981-82, nr. 122, *Pas.*, 1982, I, 245, *R.W.*, 1981-82, 2477; *Cass.*, 28 april 1989, *Arr.Cass.*, 1988-89, nr. 495, concl. proc.-gen. KRINGS, E., *De Verz.*, 1990, 114, *R.W.*, 1989-90, 149, *Cah.Dr.Jud.*, 1993-13, 43, noot SCHAUS, A. Zie ook *Cass.*, 26 maart 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, nr. 403, *R.Cass.*, 1992, 120-121, nr. 355.

Cassatie zijn opvatting over de werkzaamheid van uitspraken van burgerlijke rechtscolleges t.a.v. derden ³⁰.

14. In zijn arrest van 16 oktober 1981 wordt de werking van een rechterlijke uitspraak jegens een derde omschreven als een *weerlegbaar vermoeden*, waaraan een *wettelijke bewijswaarde* toekomt ³¹. Dit impliceert dat de t.a.v. een partij in een geding ingeroepen (eerder gewezen) gerechtelijke uitspraak — waaraan die partij vreemd is ³² — dwingend bewijs ³³ vormt. De rechter is verplicht de inhoud van het aangewende bewijsmiddel — de rechterlijke uitspraak — als waar aan te nemen, onder voorbehoud van de mogelijkheid van de derde om het tegenbewijs te leveren. M.a.w., de waardering van dit bewijsmiddel wordt, het mogelijk te leveren tegenbewijs niet te na gesproken, aan de rechter onttrokken. Bedoeld tegenbewijs kan uitsluitend — hierover is het arrest van 28 april 1989 formeel — geleverd worden via het instellen van het rechtsmiddel van derdenverzet, hetzij op hoofd-

vordering dan wel op incidentele wijze ³⁴. Hiermee onderwerpt het Hof van Cassatie de werking jegens derden aan een *identiek regime* als *inter partes* geldende het gezag van gewijsde. Overeenkomstig art. 26 Ger.W. blijft dit gezag bestaan zolang de uitspraak niet ongedaan is gemaakt. Wat de bewijswaarde t.a.v. derden van het tegengeworpen vonnis of arrest betreft, blijft de rechter in het (navolgend) geding gehouden hetgeen in deze uitspraak is beslist, voor waar aan te nemen. Dit geldt tot op het ogenblik dat, door het succesvol aanwenden van het derdenverzet op initiatief van de gene aan wie het vonnis wordt tegengeworpen, deze uitspraak — minstens t.a.v. laatstgenoemde — is tenietgedaan. Deze gelijkenis vormt het eerste element dat mijn opvatting staft dat het verschil in kwalificatie van de werking jegens derden tussen ons Hof van Cassatie enerzijds — dat gewag maakt van (wettelijke) bewijswaarde — en Henri Roland anderzijds — die deze werking zag als een facet van het gezag van gewijsde — niet staat voor een wezenlijk onderscheid.

15. In ieder van die arresten werd, net zoals overigens reeds in het arrest van 20 april 1966, beklemtoond dat — ondanks de relativiteit van het gewijsde ³⁵ — een door de rechter gewezen beslissing ³⁶ bewijswaarde heeft jegens derden. Dat de onderdelen van de uitspraak die jegens derden werkzaam zijn, identiek zijn aan die welke *inter partes* bekleed zijn met het gezag van gewijsde, werd m.i. bevestigd in een cassatiearrest van 19 december 1983 ³⁷. In een geschil betreffende de verkiezing van werknemersafgevaardigden in de ondernemingsraad had de Arbeidsrechtbank te Brussel ³⁸, teneinde haar territoriale bevoegdheid te verantwoorden, vastgesteld dat de N.V. G. één enkele technische bedrijfseenheid vormt, waarvan de hoofdzetel gevestigd is te Brussel. In een latere procedure beriep deze vennootschap zich op voormeld vonnis tegenover de latere verweerders in cassatie die, t.a.v. de eerste uitspraak, derden waren. In het door de cassatievoorziening bestreden vonnis ³⁹ werd evenwel geoordeeld dat voormelde vennootschap in het Nederlandstalig gedeelte van het land negen afzonderlijke technische bedrijfseenheden omvat. De cassatievoorziening werd verworpen. Het Hof van Cassatie was immers van oordeel dat in het eerste vonnis — bij ontstentenis van enige betwisting ter zake — er geen beslissing was gegeven over het aantal bedrijfseenheden dat de onderneming van eiseres telde. De vaststelling van het aantal eenheden in het eerste

³⁰ Vgl. SCHAUS, A., o.c., *Cah.Dr.Jud.*, 1993-13, (38), 41. De rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt door de lagere gerechten vrij algemeen gevolgd: Gent, 9e Kamer, 31 mei 1991, A.R. 34.489/88, onuitgeg.; Brussel, 19 februari 1991, *F.J.F.*, 1991, 210, nr. 91/101; Luik, 2 maart 1982, *Jur.Liège*, 1982, 245; Beslagr. Doornik, 9 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1988, 298; Beslagr. Hoei, 11 februari 1985, *Jur.Liège*, 1985, 488; Rb. Gent, 9 september 1983, *De Verz.*, 1985, 229; Kh. Verviers, 17 maart 1980, *Ing.Cons.*, 1980, 152; (enigszins) anders: Rb. Namen, 16 mei 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 50 (indien in deze zaak de leer van Cass., 28 april 1989, *Arr.Cass.*, 1988-89, nr. 495, was toegepast, had er m.i. besloten dienen te zijn dat de tussen P. en H. gewezen uitspraak niet aan M. kon worden tegengeworpen).

³¹ In zijn arrest van 28 april 1989 lijkt het Hof van Cassatie een stap terug te zetten, nu het bij het beantwoorden van het eerste onderdeel van het cassatiemiddel de door de appelrechter in het bestreden arrest gehanteerde term — wettelijke bewijswaarde — tussen aanhalingstekens plaatst. In zijn overwegingen nopens het tweede onderdeel van het cassatiemiddel, gewaagt het Hof van Cassatie enkel nog van de «bewijswaarde» van een rechterlijke beslissing. Nu in ditzelfde arrest echter expliciet gesteld werd dat *alleen* het rechtsmiddel van derdenverzet bij machte is de bewijswaarde van de gerechtelijke uitspraak t.a.v. derden te weerleggen, lijkt me het weglaten van het woord «wettelijke» ter nadere omschrijving van de aard van de bewijswaarde jegens derden, zijn betekenis te verliezen. Zolang dit rechtsmiddel immers niet met succes is aangewend, blijft het vermoeden *juris tantum* onverminderd gelden en is de rechter, voor wie hierop een beroep wordt gedaan, erdoor gebonden.

³² T.a.v. deze uitspraak is deze partij in het (navolgend) geding een derde.

³³ Deze term is afkomstig van art. 178 (Ned). W.Rv.: «Dwingend bewijs houdt in dat de rechter verplicht is de inhoud van bepaalde bewijsmiddelen als waar aan te nemen ofwel verplicht is de bewijskracht te erkennen, welke de wet aan bepaalde gegevens verbindt (lid 1). Tegenbewijs, ook tegen dwingend bewijs, staat vrij, tenzij de wet het uitsluit (lid 2).» Het woord «bewijskracht» moet m.i. hier verstaan worden in de zin van wettelijke bewijswaarde (*force probante*); zie boven, voetnoot 23. In het kader van de algemene vermogensrechtelijke bewijsregeling die in het B.W. is uiteengezet, komt een wettelijke bewijswaarde alleen toe aan die bewijsmiddelen waarvan de wet zegt dat de rechter verplicht is ze als voldoende bewijs te aanvaarden: schriftelijk bewijs via authenticatie of onderhandse akte, wettelijke (weerlegbare en onweerlegbare) vermoedens en de niet-zuiver mondelinge buitengerechtelijke bekentenissen (vgl. DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1967, III, 712-726, nrs. 717-718 *quinquies*).

³⁴ Hiermee week het Hof van Cassatie af van zijn rechtspraak van vóór de gerechtelijke hervorming (zie Cass., 16 mei 1958, *Arr.Cass.*, 1958, 739, *Pas.*, 1958, I, 128), waarin aanvaard werd dat het tegenbewijs ook via eenzelfstandige bewijsvoering, buiten de aanwending van het rechtsmiddel van derdenverzet (m.a.w. in een autonome procedure), mocht worden geleverd (zie ook LE PAIGE, A., o.c., IV, 170, nr. 169).

³⁵ In de arresten van 20 april 1966 en 27 juni 1975 is er sprake van de betrekkelijkheid van de exceptie van het rechterlijk gewijsde.

³⁶ Vgl. SCHAUS, A., o.c., *Cah.Dr.Jud.*, 1993-13, (38), 41. Anders, ten onrechte: WYLLEMAN, A., «Het gezag van gewijsde: uitdrukking van het rechterlijk gezag», *T.P.R.*, (33), 51, nr. 29, in zoverre deze auteur in de besproken arresten meent te lezen dat het Hof van Cassatie de bewijswaarde van aan derden tegengeworpen uitspraken beperkt tot feiten waarvan het bestaan in het betrokken vonnis of arrest is vastgesteld.

³⁷ Cass., 19 december 1983, *Arr.Cass.*, 1983-84, nr. 212.

³⁸ Arbrb. Brussel, 7e Kamer, 26 januari 1983, onuitgegeven.

³⁹ Arbrb. Brussel, 21 februari 1983, onuitgeg.

vonnissen heeft, aldus het Hof, «noch gezag van het rechterlijk gewijsde noch, ten aanzien van derden, wettelijke bewijswaarden». Het gegeven dat zowel het begrip van het gezag van gewijsde (zij het dan *inter partes*), als het begrip bewijswaarde (t.a.v. derden) dezelfde lading dekken ⁴⁰, maakt het tweede element uit dat mijn zienswijze steunt dat er tussen de opvatting van ons hoogste rechtscollege en de stelling van Roland hooguit een (louter) terminologisch, maar zeker geen fundamenteel onderscheid bestaat. Dit blijkt overigens ook de opvatting te zijn van proc.-gen. Krings die, o.m. in zijn conclusie voor het cassatiearrest van 28 april 1989 ⁴¹, beklemtoont dat het gezag van gewijsde zich ook t.a.v. derden kan manifesteren.

16. Een laatste belangrijke precisering werd aangebracht in het arrest van 28 april 1989 ⁴². Hierin besliste het Hof van Cassatie, in navolging van de conclusie van proc.-gen. Krings ⁴³, dat het toekennen van een bewijswaarde aan een gerechtelijke uitspraak t.a.v. derden «niet betekent dat uit die beslissing verplichtingen ten laste van die derden ontstaan, waaraan ze zich slechts zouden kunnen onttrekken door het tegenbewijs te leveren». De verdere overwegingen van het Hof die beogen de aangehaalde passus te verduidelijken, zijn m.i. nogal ongelukkig ⁴⁴. Geopperd wordt dat, indien uit een gerechtelijke beslissing t.a.v. derden verplichtingen ontstaan, deze uitspraak aan hen niet kan worden toegeworpen. Een dergelijke stelling is m.i. te algemeen en steunt, zoals hierna zal worden aangetoond (zie infra, nrs. 50-54), op een onvoldoend genuanceerd begrippenapparaat.

⁴⁰ In diezelfde zin: Rb. Gent, 9 september 1983, *De Verz.*, 1985, 229, waar aan de bestanddelen van het vonnis die met het gezag van gewijsde zijn bekleed jegens derden bewijswaarde wordt toegekend. Dit werd m.i. overigens expliciet onderkend in het cassatiearrest van 28 april 1989 (*Arr. Cass.*, 1988-89, (1013), nr. 495, 1021: «(...) dat, hoewel het gezag van gewijsde betrekkelijk is en slechts tussen partijen kan worden opgeworpen, zulks niet belet dat de beslissing ten opzichte van derden, die geen partij bij het geding waren, bewijswaarde heeft, onder voorbehoud van het rechtsmiddel van derdenverzet, bij wijze zowel van incidentele als van hoofdvordering» (eigen curs.).

⁴¹ Concl. proc.-gen. KRINGS, E., voor Cass., 28 april 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, (1013), nr. 495, 1015; er bestaat m.i. dan ook slechts een louter ogenschijnlijke divergentie tussen de visie van het O.M. en het Hof van Cassatie; KRINGS, E., o.c., in Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht, o.c., Antwerpen, Kluwer, 1992, (179), 181, nr. 4.4: «Herhaaldelijk heeft het Hof de werking van *het rechterlijk gewijsde ten aanzien van derden* bepaald» (eigen curs.; vgl. met de eerste zin van art. 23 Ger.W.).

⁴² Zie ook Cass., 26 maart 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, nr. 403, *R. Cass.*, 1992, 120-121, nr. 355.

⁴³ Concl. proc.-gen. KRINGS voor Cass., 28 april 1989, *Arr. Cass.*, (1013), nr. 495, 1015: «(...) die beperkte tegenstelbaarheid hoe dan ook nooit tot gevolg kan hebben dat de beslissing rechten (lees: verplichtingen) ten laste van de derde zou doen ontstaan».

⁴⁴ Cass., 28 april 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, (1013), nr. 495, 1021. Vgl. SCHAUS, A., o.c., *Cah. Dr. Jud.*, 1993-13, (38), 42, die dit arrest verwijt («d'être ambigu et lacunaire dans ses termes et sa motivation. En outre, la terminologie est inadéquante ou ambiguë»). In zoverre de bedenking van deze auteur haar oorsprong vindt in het gebruik door het Hof van Cassatie van de term «bewijswaarde» ter omschrijving van de werkzaamheid van de uitspraak t.a.v. derden i.p.v. bindende kracht (*effet obligatoire*) ben ik het met haar oneens.

17. Een voorbeeld ⁴⁵, teneinde het bovenstaande bevatelijker te maken, is hier op zijn plaats. Mevrouw Van den B., die wou aanbellen ten huize van de familie P., werd gebeten door de hond des huizes, die vrij losliep op het eigendom. Aan de verbaliserende politiediensten verklaarde mevrouw P. dat zij de eigenares was van de hond. Mevrouw Van den B. liet echter de heer P. dagvaarden, teneinde deze op grond van art. 1385 B.W. te horen veroordelen tot het betalen van een schadeloosstelling. Bij het vonnis dat hierop, bij verstek tegen de heer P., werd gewezen, werd deze vordering ingewilligd. De (poging tot) tenuitvoerlegging tegen de heer P. eindigde op een proces-verbaal van gebrek van baten. Na voormeld vonnis hierop te hebben betekend aan de verzekeraar burgerlijke aansprakelijkheid van de heer P., spreekt mevrouw Van den B. deze verzekeraar aan tot betaling van de aan haar toegekende schadevergoeding ⁴⁶. De verzekeraar laat na derdenverzet aan te tekenen ⁴⁷. Voor de feitenrechter voert hij echter aan dat de hond niet aan zijn verzekerde maar wel aan diens echtgenote toebehoorde en dat voorts zijn verzekerde op het ogenblik van de feiten niet de bewaring over het schadeverwekkende dier had. De feitenrechter wijst dit verweer zonder meer af, door erop te wijzen dat hij gelet op het eerder tussen mevrouw Van den B. en de heer P. gewezen vonnis niet vermag de aansprakelijkheid van deze laatste, noch de rechtmatigheid van de bedragen waartoe deze werd veroordeeld, te onderzoeken ⁴⁸. In hoger beroep wordt dit vonnis bevestigd. Een voorziening in cassatie door de verzekeraar ⁴⁹ zal m.i. niet succesvol kunnen zijn. Ze zal stranden op het feit dat hij heeft nagelaten het rechtsmiddel van derdenverzet aan te wenden, waardoor het vermoeden waarmee de uitspraak in zake Van den B. t/ P. is bekleed (aansprakelijkheid van de heer P. en grootte van de schadevergoeding) t.a.v. hem onweerlegbaar is geworden.

E. Standpunten in de doctrine: nagenoeg unanieme onderschrijving van de cassatierechtspraak – kritiek op de gebruikte terminologie

1. Meerderheidsopvatting

18. In de rechtsleer ⁵⁰ wordt het onderscheid dat in de cassatierechtspraak (vanaf 1966) werd gemaakt tussen ener-

⁴⁵ Dit voorbeeld is geïnspireerd op Cass., 27 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1163, *Pas.*, 1975, I, 1053, *R.W.*, 1975-76, 1931, en Rb. Gent, 9 september 1983, *De Verz.*, 1985, 229.

⁴⁶ Voorheen kon dat op basis van art. 20, 9°, Hyp.W., thans krachtens art. 86 Landverzekeringwet.

⁴⁷ Op te merken valt dat een incidenteel derdenverzet van de verzekeraar voor de rechter waarvoor deze laatste door mevrouw Van den B. gedaagd werd, slechts toelaatbaar zou zijn indien de verzekeraar zijn verzekerde (de heer P.) in het debat voor de feitenrechter had betrokken (bv. middels een dagvaarding tot gedwongen tussenkomst); zie immers art. 1125, tweede lid, Ger.W.

⁴⁸ De feitenrechter merkt hierbij wel op dat hij zich niet heeft uit te spreken over de eventuele rechten die de verzekeraar tegenover zijn verzekerde kan doen gelden (zie o.m. art. 80 Landverzekeringwet).

⁴⁹ Deze voorziening zou gebaseerd kunnen zijn op schending van de artt. 1319, 1320, 1350 B.W., de artt. 23, 24 en 26 Ger.W. en art. 97 Gw.

⁵⁰ GOTHOT, P., «Des conditions auxquelles une décision judiciaire étrangère peut fonder, en Belgique, une exception de chose

zijds het gezag van gewijsde waarmee de rechterlijke uitspraak *inter partes* is bekleed, en anderzijds de bewijswaarde via welke zich de werkzaamheid van de uitspraak jegens derden veruitwendigt, één enkele uitzondering niet te na gesproken (zie *infra*, nrs. 24-25), unaniem onderschreven en geprezen. Algemeen is men ervan overtuigd dat het onderscheid duidelijk en efficiënt is⁵¹. Het zou ten volle beantwoorden aan de vereisten van een modern burgerlijk procesrecht⁵².

19. Op één punt is er wel kritiek. De werkzaamheid jegens derden kan volgens deze auteurs niet worden toegeschreven aan de (wettelijke) bewijswaarde (*force probante*) van de gerechtelijke beslissing⁵³. Deze afkeuring van de door het Hof van Cassatie gehanteerde term vindt zijn oorsprong in een analyse die Rigaux in 1960 maakte van de bewijswaarde van een – op een betwisting gewezen – gerechtelijke beslissing⁵⁴. Een onderscheid tussen (a) het *instrumentum* (geschrift waarin de uitspraak is opgenomen) en (b) het negotium (de erin vervatte rechtshandeling, i.c. de rechtsprekende handeling) moet hierbij gemaakt worden.

20. a) Allereerst komt aan de zgn. hoedanigheden (*qualités*) van de uitspraak de bewijswaarde van een authentieke akte (art. 1319 B.W.) toe. Deze bewijswaarde is beperkt tot die vermeldingen waarvan de openbare ambtenaar – in casu de rechter (hierin bijgestaan door zijn griffier⁵⁵) –, handelend binnen de perken van zijn functie, de juistheid heeft kunnen en moeten nagaan⁵⁶. Daarnaast komt deze bewijs-

waarde ook toe aan bepaalde vermeldingen die in de motivering van de beslissing zijn opgenomen en die weergeven wat de rechter zelf, *ex propriis sensibus*, heeft kunnen vaststellen⁵⁷. Met deze wettelijke bewijswaarde zijn aldus o.m. bekleed: de datumvermelding, de vermelding nopens de aanwezigheid van de partijen en getuigen, de identiteit van de partijen, het feit dat de partijen (of getuigen) bepaalde verklaringen hebben afgelegd⁵⁸ of dat bepaalde bewijsstukken zijn overgelegd⁵⁹, de bevestiging dat bepaalde formaliteiten zijn vervuld of betalingen zijn verricht, de vaststelling dat een procespartij geen enkel stavingsstuk in het debat heeft naar voren gebracht⁶⁰ en, meer algemeen, alle andere vermeldingen nopens het verloop van de procedure. De wettelijke bewijswaarde, als authentieke akte, van een gerechtelijke beslissing is aldus beperkt tot vermeldingen waarover geen debat is gevoerd⁶¹: het vonnis of arrest kan aangewend worden als bewijsmiddel van de erin vastgestelde materiële feiten, rechtsfeiten en rechtshandelingen, in zoverre die vreemd of extrinsiek zijn aan de eigenlijke beslissing of uitspraak van de rechter⁶².

Acco, 1988, 238; DE PAGE, H., *o.c.*, III, (1967), 778-779, nr. 758; GOUBEAUX, F. en BIHR, Ph., *Rép.Dr.civ.*, Parijs, Dalloz, 1979, VI, V° *Preuve*, nr. 602.

⁵⁷ Vgl. concl. proc.-gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., voor Cass., 29 maart 1973, *J.T.*, 1973, (389), 394. Zie Cass., 25 juni 1962, *Pas.*, 1962, I, 1221 (betreffende de vermeldingen op het zittingsblad van het hof van beroep); Cass., 27 november 1961, *Pas.*, 1962, I, 379; Cass., 14 december 1959, *Pas.*, 1960, I, 433; Cass., 28 juni 1957, *Arr.Cass.*, 1957, 921, *Pas.*, 1957, I, 1292; Cass., 19 oktober 1939, *Pas.*, 1939, I, 427; Luik, 4 december 1975, *Jur.Liège*, 1975-76, 201; Rb. Brussel, 29 november 1966, *Pas.*, 1967, III, 58. In het Franse positief recht is expliciet bepaald dat aan arresten en vonnissen de bewijswaarde van een authentieke akte toekomt (art. 457 N.C.P.C.; zie hierover o.m. VINCENT, J. en GUINCHARD, S., *Procédure civile*, Parijs, Dalloz, 1987, 669, nr. 767). Zie ook artt. 183-188 (Ned). W.Rv.

⁵⁸ Bv. het feit dat een partij gevraagd heeft haar eis te beperken: Rb. Doornik, 18 mei 1992, *J.L.M.B.*, 1992, 1182, noot KOHL, A. Zie ook Cass.fr., com., 31 maart 1981, *Bull.Cass.fr.*, 1981, IV, 132, nr. 167; Bordeaux, 3 februari 1982, *J.C.P.*, 1983, 20.013, noot DAGOT, M. De inhoud van de verklaring van partijen of getuigen is daarentegen geen authentieke vermelding (VERHEYDEN-JEANMART, N., *o.c.*, 224-225, nr. 476).

⁵⁹ Waarmee het bewijs wordt geleverd van het bestaan van dit bewijsmiddel (authentieke akte, onderhandse akte,...) of -procédé (deskundigenonderzoek, plaatsopneming, getuigenverhoor, ...), alsook van de inhoud ervan zoals deze is weergegeven in de uitspraak.

⁶⁰ Cass.fr., civ., 7 februari 1990, *Bull.civ.fr.*, 1990, I, 27, nr. 11; Cass.fr., civ., 9 juli 1986, *Bull.civ.fr.*, 1986, II, 77, nr. 110.

⁶¹ Vgl. DUCLOS, J., *o.c.*, 135, nr. 109; AUDINET, E., noot sub Cass. fr., civ., 30 januari 1912, *S.*, 1916, I, (113), 114.

⁶² KOHL, A., «Du caractère authentique des décisions judiciaires», noot sub Rb. Doornik, 18 mei 1992, *J.L.M.B.*, 1992, 1184-1185; concl. proc.-gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH voor Cass., 29 maart 1973, *J.T.*, 1973, (389), 394; GOTHOT, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, (544), 553-544; GOTHOT, P. en HOLLEAUX, D., *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Parijs, Jupiter (coll. Exporter), 1985, 143, nr. 252; FETTWEIS, A., *o.c.*, Luik, P.U.L., 1987, 264-265, nr. 357; FETTWEIS, A., *o.c.*, *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1987, (217), 222, nr. 9; DUCLOS, J., *o.c.*, 136, nr. 109. Vgl. VANDER ELST, R., noot sub Cass., 4 oktober 1956, *Rev.crit.dr.intern.privé*, 1957, 481, noot 2. De bewijswaarde van de rechterlijke uitspraak als authentieke akte wordt beheerst door de artt. 1319-1320 B.W. Dit houdt meteen in dat deze werking of eigenschap van de rechterlijke uitspraak voor deze niet karakteris-

jugée», *R.C.J.B.*, 1975, (544), 553, noot 18; RUTSAERT, J., *R.P.D.B.*, Complément VI, 1983, V° *Chose jugée*, 282, nrs. 119-127; VAN COMPERNOLLE, J., «Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile», *R.C.J.B.*, 1984, (241), 248, nr. 12; FETTWEIS, A., *o.c.*, Luik, P.U.L., 1987, 265 e.v., nrs. 358-359; FETTWEIS, A., *o.c.*, *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1987, (217), 220 e.v., nrs. 7-10; VAN COMPERNOLLE, J., «Examen de jurisprudence – (1971 à 1985) – Droit judiciaire privé – Les voies de recours», *R.C.J.B.*, 1987, (115), 195, nr. 59.

⁵¹ Zie bv. FETTWEIS, A., *o.c.*, *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1987, 222, nr. 9.

⁵² GOTHOT, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, (544), 553, noot 18; FETTWEIS, A., *o.c.*, Luik, P.U.L., 1987, 267, nr. 359.

⁵³ Recent nog in die zin: SCHAUS, A., *o.c.*, *Cah.Dr.Jud.*, 1993-13, (38), 42.

⁵⁴ RIGAU, F., *o.c.*, *J.T.*, 1960, (285), 305, nr. 20. Deze analyse betrof weliswaar vreemde uitspraken, maar gaat eveneens volledig op voor door Belgische rechtscollages gewezen beslissingen. Ze werd overigens (gedeeltelijk) overgenomen door STORME, M., «Het gezag van rechterlijk gewijsde», (Preadvies Colloquium n.a.v. 150 jaar Rijksuniversiteit Gent (13-14 oktober 1967)), gestenc., onuitgeg., 2 (zie hierover ook LE PAIGE, A., *o.c.*, IV, 174-175, nr. 172); STORME, M. en DE CORTE, R., *Handleiding van Gerechtelijk Recht*, Gent, 1973, gestenc., 158-159, nr. 341; VAN SLYCKEN, L., noot sub het «Bewijskracht-arrest» in *Compendium van Rechtspraak*, STORME, M. (red.), *o.c.*, II, Gent, Gakkio, 1972; GOTHOT, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975 (544), 554.

⁵⁵ DE LEVAL, G., *Institutions judiciaires*, Luik, P.U.L., 1992, 347, nr. 275; GARSONNET, E. en CÉZAR-BRU, Ch., *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Parijs, Sirey, 1913, III, 345, nr. 667. Zie ook LAENENS, J., «Tegenstrijdigheden tussen het vonnis, de zittingsbladen en het proces-verbaal van de zitting in de burgerlijke rechtspleging», *R.W.*, 1977-78, 2505, nr. 1; VERHAEGEN L., *Comm.Ger.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., artt. 783-784, nr. 4.

⁵⁶ VERHEYDEN-JEANMART, N., *Droit de la preuve*, Brussel, Larquier, 1991, 223-226, nrs. 474-478; VAN GERVEN, W., m.m.v. STIJNS, S. en T'JONCK, G., *Leidraad bij de colleges van verbintenissenrecht*, Leuven,

Vooraleer een partij zich op deze bewijswaarde zal kunnen beroepen, zal het bewijs geleverd dienen te worden van het bestaan van de uitspraak⁶³. Dit kan gebeuren door het overleggen van een uitgifte⁶⁴ van de beschikking⁶⁵. Het afschrift van een vonnis of arrest dat door de griffier aan de partijen of, in voorkomend geval, hun advocaat wordt gezonden ingevolge art. 792 Ger.W. levert daarentegen geen enkel bewijs op⁶⁶.

Aan te stippen valt nog dat, niettegenstaande de bewoordingen van de artt. 1319-1320 B.W., algemeen aangenomen wordt dat de authentieke akte een zelfde bewijswaarde heeft jegens derden als t.a.v. de partijen⁶⁷. Als authentieke akte levert de rechterlijke beslissing *erga omnes* «volledig bewijs op» tot het welslagen van de bijzondere procedure tot betichting van valsheid⁶⁸.

21.b) Het *negotium*, de rechtsprekende handeling, heeft daarentegen in de klassieke opvatting geen enkele bewijswaarde⁶⁹. Bij het vervullen van zijn taak – zo wordt geop-

tiëk of eigen is, nu ze deze gemeen heeft met andere authentieke akten.

⁶³ Soms schrijft de wet ook publikatieverplichtingen voor, die nageleefd moeten zijn voordat men zich op de uitspraak jegens derden kan beroepen (zie hierover meer uitgebreid infra, nr. 56).

⁶⁴ Zie artt. 790 en 1386 Ger.W., W. VERHEYDEN-JEANMART, N., o.c., 210, nrs. 442-444, en noot 3 aldaar; FETTWEIS, A., o.c., Luik, P.U.L., 1987, 264-265, nr. 357; DE PAGE, H., o.c., III, 771-775, nrs. 753-756; BRAAS, A., *Précis de procédure civile*, Brussel, Bruylant, 1944, II, 483, nr. 921; GLASSON, E., TISSIER, A. en MOREL, R., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Parijs, Recueil Sirey, 1929, III, 82, nr. 765.

⁶⁵ Wat de in het buitenland gewezen uitspraken betreft zal, tenzij anders bepaald is in een verdrag tussen België en het land waar de uitspraak is gewezen, een uitgifte voorgelegd dienen te worden die voldoet aan de – in het land van herkomst – gestelde voorwaarden voor haar authenticiteit (art. 570, tweede lid, 5°, Ger.W.; art. 46 E.E.X.; ERAUW, J., o.c., 282; RIGAUX, F., o.c., J.T., 1960, (285), 306, nr. 20; VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., A.P.R., Tw. *Internationaal Privaatrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1986, 74, nr. 116). Bovendien moet, behoudens wanneer een verdragtekst hiervan vrijstelling verleent, de handtekening van de buitenlandse rechterlijke ambtenaar gelegaliseerd worden door een Belgisch consul in het land waar het vonnis is uitgesproken. Voor de gerechtelijke beslissingen die onder het E.E.G.-Executieverdrag vallen, is er vrijstelling zowel van legalisatie als van apostille (art. 49 E.E.X.).

⁶⁶ Cass., 9 april 1992, *R.Cass.*, 1992, 141, nr. 454, *R.W.*, 1992-93, 1404.

⁶⁷ Cass., 23 februari 1928, *Pas.*, 1928, I, 84; DE PAGE, H., o.c., III, (1967), 764, nr. 749, en 781, nr. 759 B; VERHEYDEN-JEANMART, N., o.c., 221, nr. 467 (op een andere plaats (108, nrs. 205-208) betitelt deze auteur, m.i. ten onrechte (maar in het licht van de boven besproken cassatiearresten wel begrijpelijk), de bewijswaarde van gerechtelijke uitspraken gelijk aan het gezag van gewijsde waarmee die uitspraken bekleed zijn.

⁶⁸ Vgl. art. 1319 B.W. Deze regel lijdt slechts uitzondering wanneer de vaststelling van diezelfde akte, hetzij door een andere authentieke akte wordt tegengesproken, of wanneer de vaststelling van bedoelde vaststelling blijkt uit het onderzoek van de akte zelf, zonder dat een onderzoeksmaatregel dient te worden bevolen (Cass., 31 oktober 1968, *Arr.Cass.*, 1969, 237, *Pas.*, 1969, I, 227, *R.W.*, 1968-69, 1263; Cass., 12 februari 1960, *Arr.Cass.*, 1960, 555, concl. proc.-gen. HAYOIT DE TERMICOURT, R., *Pas.*, 1960, I, 690, *R.W.*, 1960-61, 1763).

⁶⁹ Ten onrechte schrijft SCHAUS, A., o.c., *Cah.Dr.Jud.*, 1993-13, (38), 41, aan Rigaux toe dat deze aan het recht spreken een bewijs-

perd – bewijst de rechter immers niets⁷⁰, hij verricht enkel de overheidsdaad die van hem wordt verwacht⁷¹.

22. De werkzaamheid van een gerechtelijke uitspraak jegens derden heeft, volgens de voorstanders van deze (klassieke) visie⁷², dan ook niets uitstaande met de bewijswaarde maar wél met de bindende kracht⁷³ van de beslissing. Bij de beslechting van een geschil door de rechter wordt een bepaalde regeling, een norm binnen de rechtsorde geïntroduceerd, die door een ieder moet worden gerespecteerd⁷⁴. De verwarring tussen het begrip bindende kracht en het qua subjecten relatieve gezag van gewijsde heeft geleid tot de – door de toenemende complexiteit van de maatschappij, met de hieraan inherente meer intensieve rechtsbetrekkingen, onhoudbaar gebleken⁷⁵ – stelling dat gerechtelijke uitspra-

waarde heeft toegekend. Nochtans is RIGAUX, F., o.c., J.T., 1960, (285), 305, nr. 20, niet mis te verstaan waar hij schrijft: «(...) l'expression, par le juge (...), de sa propre conviction, n'a aucune valeur probante, elle n'a de sens que sur le terrain de l'autorité de la chose jugée, elle participe à l'exercice de la fonction juridictionnelle et ne saurait en être dissociée. (...) Cette appréciation des faits par le juge ne constitue pas une *preuve* du fait, car elle porte non sur le fait lui-même mais sur les moyens de preuve par lesquels les parties s'efforcent soit de la démontrer, soit de le combattre. (...) Pour y attribuer *force probante*, il faudrait donner au mot *preuve* un sens que nous ne croyons pas pouvoir lui reconnaître dans notre langue juridique.»

⁷⁰ Vgl. DE PAGE, H., o.c., III, (1967), 979-980, nr. 941.

⁷¹ STORME, M. en DE CORTE, R., o.c., Gent, gestenc., 1973, 159, nr. 341.

⁷² GOTHOT, FETTWEIS en VAN COMPERNOLLE steunen voor de verdediging van deze stelling op het doctoraal proefschrift van de Franse auteur FOYER, J., *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, Parijs, gestenc., 1954, FETTWEIS, A., o.c., *Ann. Fac.Dr.Liège*, 1987, (217), 220, nr. 6, beschouwde dit werk als de meest gezaghebbende studie over het begrip gezag van gewijsde; ten onrechte was hij van oordeel dat dit werk – dat nimmer gedrukt werd en daarom slechts een zeer beperkte verspreiding heeft gekend – onbekend gebleven was aan de auteurs van de gerechtelijke hervorming én aan het Hof van Cassatie toen het arrest «De Buschere» werd gewezen; in het verslag VAN REEPINGHEN, o.c., I, 51, noot 64, werd immers verwezen naar deze studie, die zelf voortbouwde op de ideeën van de Italiaanse processualist LIEBMAN (E.T., *Efficacia et autorità della sentenza* (geschreven in 1935, samen met een aantal andere publikaties van dezelfde auteur), heruitgegeven door de Stichting Piero Calamandrei, Milaan, Giuffrè, 1962, 1-89; een samenvatting van zijn opvattingen leest men in LIEBMAN, E.T., «Urteilswirkungen und Rechtskraft», *ZZP*, (91), 1978, 449-458; «The Notion of Res Judicata», in FAZZALARI, E., (ed.) *Italian Yearbook of Civil Procedure*, Milaan, Giuffrè, 1991, I, 235-244). Nog aan te stippen valt dat Foyer, i.t.t. Roland, de relativiteit van het gezag van gewijsde voorstond.

⁷³ De in de vorige noot vermelde (Franstalige) Belgische auteurs gewagen van «effet obligatoire»; FOYER, J., o.c., 140 e.v., daarentegen betitelde deze werking van het vonnis die zich ook uitstrekt buiten de gedingvoerende partijen om als «l'effet substantiel».

⁷⁴ GOTHOT, P., o.c., *R.C.J.B.*, 1975, (544), 554; FETTWEIS, A., o.c., *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1987, (217), 220, nr. 7, en verwijzingen onder noot 28 aldaar, die het heeft over «un effet obligatoire applicable à tous»; VAN COMPERNOLLE, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1984, (241), 247, nr. 12; FETTWEIS, A., o.c., Luik, P.U.L., 1987, 265, nr. 358.

⁷⁵ Er kan aan herinnerd worden dat het Hof van Cassatie reeds in zijn boswachters-arrest van 27 mei 1909 (*Pas.*, 1909, I, 272) erkende dat een overeenkomst ook buiten het contractueel spanningsveld als feit of maatschappelijk gegeven een werking heeft: over-

ken voor derden niet meer betekenen dan een onbeschreven vel papier.

23. Die zienswijze, die door de Raad van State werd overgenomen in zijn arrest Pirson ⁷⁶, heeft een repercussie t.a.v. het al dan niet obligatoir karakter van het derdenverzet.

Het is in deze optiek niet toegestaan dat een derde in een navolgend geding een beslissing zou uitlokken die rechtstreeks in strijd is met hetgeen, in een andere procedure, door een rechter is beslist, zonder tegen deze eerder gewezen uitspraak derdenverzet te hebben ingesteld ⁷⁷. In een dergelijk geval zou de derde immers de bindende kracht van de eerst gewezen beslissing aanvechten. Het vereiste tegenstrijdige uitspraken te vermijden zou in dit geval de verplichting tot het aanwenden van derdenverzet rechtvaardigen.

In de overige gevallen is het derdenverzet daarentegen facultatief. Desgewenst kan de derde de voor hem nadelige uitspraak via een autonome procedure bestrijden ⁷⁸.

Dit standpunt, dat zowel afwijkt van de klassieke doctrine als van de toelichting van koninklijk commissaris Van Reepinghen bij art. 1124 Ger.W. ⁷⁹, vond bevestiging in het cassatiearrest van 28 april 1989 ⁸⁰.

2. De afwijkende zienswijze van Le Paige

24. Een fundamenteel andere analyse van het boven besproken cassatiearrest van 20 april 1966 ⁸¹ werd gemaakt door Le Paige ⁸². Hij is van oordeel dat het Hof van Cassatie in dit arrest «op ondubbelzinnige wijze» de theorie van het betrekkelijk gezag van gewijsde in burgerlijke zaken heeft verworpen. Het onderscheid dat het Hof meent te kunnen maken tussen het *inter partes* geldende gezag van gewijsde en de (wettelijke) bewijswaarde jegens derden, is volgens hem misleidend: het betreft immers twee aspecten van een zelfde begrip, het gezag van gewijsde ⁸³.

25. Deze auteur trok zijn zienswijze consequent door naar het rechtsmiddel van het derdenverzet. De afwezigheid van derdenverzet binnen de in art. 1129 Ger.W. voorgeschreven termijn van drie maanden verleent «aan het vonnis een volstrekt gezag van gewijsde t.a.v. die derde: hij verkeert in de toestand van een partij die de termijnen van verzet of van hoger beroep laat voorbijgaan» ⁸⁴. Le Paige gewaagt zelfs van een consolidatie van het gezag van gewijsde jegens de derde na het verstrijken van de termijn om het rechtsmiddel aan te wenden of bij het verwerpen van het ingestelde rechtsmiddel ⁸⁵.

III. KRITISCHE BEOORDELING

A. Welk besluit dient uit de huidige opvattingen nopens de werkzaamheid van gerechtelijke uitspraken t.a.v. derden te worden getrokken?

26. Met Le Paige ben ik van oordeel dat – ondanks de niet mis te verstane bewoordingen van art. 23 Ger.W. – er, (minstens) sinds de gerechtelijke hervorming, in ons land geen subjectieve begrenzing meer bestaat aan het gezag van het rechterlijk gewijsde in burgerlijke zaken ⁸⁶. Dit gezag geldt m.a.w. (quasi) *erga omnes* ⁸⁷. Het feit dat het Hof van

eenkomsten en de rechten die eruit voortvloeien, worden aan derden tegenwerpbaar geacht; deze laatste kunnen op hun beurt de overeenkomst als feit aanvoeren jegens de contractanten (zie hierover o.m. het proefschrift van DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maklu, 1984). Het verwerven van een dergelijk inzicht t.a.v. gerechtelijke uitspraken heeft nagenoeg een halve eeuw langer geduurd.

⁷⁶ R.v.St., nr. 26.341, 9 april 1986, *Amén.*, 1986, 86-97, met eensluidend advies eerste auditeur HOFFLER, J., noot HAUMONT, F., *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1987, 213, noot FETTWEIS, A.

⁷⁷ FETTWEIS, A., o.c., *Luik, P.U.L.*, 1987, 570, nr. 890; *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1987, (217), 220, nr. 8; VAN COMPERNOLLE, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1987, (115), 196, nr. 59; GUTT, E., en STRANART, A.-M., «Examen de jurisprudence (1965-70) – Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 1974, (612), 637, nr. 119; DEPUYDT, P., *Comm. Ger.*, Antwerpen, Kluwer, art. 1124 (die zich evenwel uitdrukt in de voorwaardelijke wijs). Vgl. LE PAIGE, A., o.c., IV, 189, nr. 180.

⁷⁸ FETTWEIS, A., o.c., *Luik, P.U.L.*, 570, nr. 890; VAN COMPERNOLLE, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1987, (115), 196, nr. 59; LE PAIGE, A., o.c., IV, 189, nr. 180. Twee voorbeelden: (a) de derde die beweert eigenaar te zijn van de in beslag genomen roerende goederen kan i.p.v. derdenverzet aan te tekenen tegen de beschikking van de beslagrechter die de machtiging heeft verleend om tot roerend bewarend beslag over te gaan, de in art. 1514 Ger.W. bedoelde revindicatievordering instellen; (b) bij een (bewarend) onroerend beslag kan de derde, eigenaar van de in beslag genomen onroerende goederen, hetzij de in art. 1613 Ger.W. bedoelde procedure tot onttrekking instellen, hetzij derdenverzet doen tegen de ex art. 1431 Ger.W. verleende beschikking van de beslagrechter (zie Bergen, 20 april 1978, *Pas.*, 1978, II, 79).

⁷⁹ VAN REEPINGHEN, Ch., o.c., I, 434; LE PAIGE, A., o.c., IV, 187, nr. 179; DE LEVAL, G., *La saisie-arrêt*, *Luik, Faculté de Droit de Liège*, 1976, 177, noot 206, en verwijzingen aldaar; vgl. evenwel Rb. Antwerpen, beslagr., 9 maart 1987, *Rechtspr. Antw.*, 1988, 140, noot STRANART, A.-M., «Saisie mobilière: Tierce-opposition ou action en distraction?», *Rechtspr. Antw.*, 1988, 146.

⁸⁰ Zie nr. 14. SCHAUS, A., o.c., *Cah. Dr. Jud.*, 1993-13, (38), 41.

⁸¹ Zie nrs. 6-11.

⁸² LE PAIGE, A., o.c., IV, 172, nr. 170 (alsook, 168, nr. 168; 174, nr. 172 en 191, nr. 181).

⁸³ Dit is m.i. overigens ook de opvatting die door toenmalig proc.-gen. Krings werd verdedigd (zie nr. 15 en noot 41).

⁸⁴ LE PAIGE, A., o.c., IV, 193, nr. 184.

⁸⁵ LE PAIGE, A., o.c., IV, 194, nr. 184.

⁸⁶ Dit betekent vanzelfsprekend niet dat de derde op een identieke wijze als een partij aan de uitspraak is gebonden. Zo kunnen – uitzonderlijke gevallen zoals o.m. dat van art. 1388 Ger.W. (zie nr. 51) terzijde gelaten – uit de uitspraak waaraan de derde vreemd is gebleven, geen verplichtingen te zijnen laste ontstaan (zie Cass., 26 maart 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, nr. 403; Cass., 28 april 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 495).

⁸⁷ Ik schrijf «quasi» omdat naar mijn overtuiging een absoluut gezag van gewijsde impliceert dat derden t.a.v. dergelijke uitspraken geassimileerd worden met de partijen in het geding, zodat derdenverzet uitgesloten is (vgl. LE PAIGE, A., o.c., IV, 168, nr. 167; HÉRON, J., *Droit judiciaire privé*, Parijs, Montchrestien, 1991, 215, nr. 293; anders: VAN COMPERNOLLE, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1987, (115), 198, nr. 59, die stelt dat, tenzij de wet anders bepaalt of wanneer de wetgever het aantal vorderingsgerechtigden heeft beperkt, derdenverzet steeds is toegelaten). Zie de – wellicht onbewuste – erkenning van een absoluut gezag in Rb. Hasselt, 16 september 1991, *R.W.*, 1991-92, 788, waar de rechtbank het voorwerp van een derdenverzet als volgt omschrijft: «Appellanten beperken er zich in hun inleidende

Cassatie de werking t.a.v. derden bestempelt als de bewijswaarde van een (eerder gewezen) beslissing doet hieraan – zoals boven werd aangetoond (zie nrs. 14-15) – geen afbreuk.

27. Het gevolg hiervan is dat de derde, t.a.v. wie in een navolgend geding een eerder gewezen gerechtelijke uitspraak wordt tegengeworpen, niet in de mogelijkheid verkeert een voor zijn persoon onbevooroordeelde appreciatie te krijgen van het geschil dat in de tegengeworpen uitspraak is beslecht, behoudens indien hij derdenverzet aantekent. Net alsof hij partij was geweest bij deze beslissing kan hij ze enkel bekampen mits hij een rechtsmiddel aanwendt, zij het dat de derde gebruik dient te maken van het daartoe geëigende rechtsmiddel van derdenverzet en evident niet van een «partij-rechtsmiddel» (verzet, hoger beroep, voorziening in cassatie, herroeping van gewijsde, verhaal op de rechter of intrekking).

28. De in een constante cassatierechtspraak gebezigde juridische techniek om de werking van gerechtelijke uitspraken jegens derden in te vullen, is m.i. niet alleen onverzoenbaar met de regel van art. 23 Ger.W. maar stuit daarenboven ook op een aantal fundamentele bezwaren.

B. Evaluatie

1. Het creëren van een wettelijk vermoeden valt niet te verantwoorden

29. Overeenkomstig art. 1349 B.W. zijn wettelijke vermoedens gevolgtrekkingen die de wet afleidt uit een bekend feit (a) om te besluiten tot een onbekend feit (b)⁸⁸. De gevolgtrekking wordt, bij wijze van redenering⁸⁹, door de wet aan de rechter opgelegd. Deze laatste is er m.a.w. door gebonden: is feit (a) komen vast te staan, dan *moet* de rechter tot het bestaan van (b) concluderen⁹⁰. Uit deze begripsomschrijving volgt logischerwijs dat uitsluitend de wetgever bevoegd is wettelijke vermoedens in het leven te roepen en er de voorwaarden en de gevolgen van te omschrijven. Nochtans hebben een aantal auteurs geponeerd dat belangrijke sociale noodwendigheden de rechtsleer en rechtspraak kunnen verplichten in bepaalde leemtes te voorzien en dat een dergelijke tussenkomst ook inzake vermoedens gerechtvaardigd kan worden⁹¹. In de rechtspraak zijn aldus vermoedens gecreëerd die, door hun frequente toepassing, grote gelijkens vertonen met wettelijke vermoedens⁹².

30. Met De Page dient erop gewezen te worden dat, ondanks de algemene strekking die aan deze quasi-wettelijke vermoedens wordt gegeven, het steeds blijft gaan om feitelijke vermoedens⁹³. Nu ze niet in een wettekst worden verwoord, belet niets dat er in de praktijk van afgeweken wordt. Bovendien hebben ook de voorstanders van een extensieve interpretatie van het begrip «wettelijk vermoeden» ervoor gewaarschuwd dat hiervan een omzichtig gebruik dient te worden gemaakt. Aan dit vereiste voldoet het door het Hof van Cassatie gecreëerde wettelijk vermoeden t.a.v. derden m.i. niet.

31. Een dergelijk vermoeden zou immers maar gerechtvaardigd zijn indien elke gerechtelijke beslissing met de materiële of objectieve waarheid zou stroken. Het burgerlijk proces is evenwel een rechtsstrijd⁹⁴, met eigen regelen en kenmerken – het gezag van gewijsde is er een schoolvoorbeeld van – die soms verhinderen dat een onderzoek wordt ingesteld naar de feiten die de verhouding tussen partijen daadwerkelijk beheersen, of dat dit onderzoek zo bevredigend verloopt dat de rechter een volledige kennis van die feiten krijgt. Terecht heeft Elders opgemerkt dat niet het onderzoek naar de materiële waarheid in het burgerlijk proces voorop staat, maar wel het vaststellen van de processuele waarheid⁹⁵. Ondanks deze restricties, worden de gedingvoerende partijen in de mogelijkheid gesteld hun visie op het geschil kenbaar te maken en het ter ondersteuning van hun argumentatie noodzakelijk of nuttig geacht feitenmateriaal aan het oordeel van de rechter te onderwerpen. Voor de derde, die per definitie vreemd blijft aan het geschil, is dit niet zo. Er, in het algemeen, van uitgaan dat de uitslag van een procedure waarin hij niet betrokken werd, ook voor hem – zelfs onder voorbehoud van de mogelijkheid het tegenbewijs te leveren⁹⁶ – geacht wordt met de waarheid overeen te stemmen, is niet alleen onrechtvaardig maar ook niet te verantwoorden. De door het Hof van Cassatie ingenomen positie verhindert immers dat de feitenrechter autonoom – d.i. zonder dat vereist wordt dat een rechtsmiddel wordt ingesteld – kan doordringen in een (door de derde aan te rekenen) mogelijk van belang zijnd feitencomplex.

dagvaarding niet toe te vorderen dat het gezag van gewijsde van het vonnis van 10 oktober 1989 (Vred. Sint-Truiden) ten opzichte van henzelf niet erkend zou worden (...).

⁸⁸ VERHEYDEN-JEANMART, N., o.c., 100-107, nrs. 184-204; DE PAGE, H., o.c., III, (1967), 720, nr. 718 *quater*; 949-555, nrs. 923-927; nrs. 933-937; STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch Privaatrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1962, 347-370, nrs. 374-394; DABIN, J., *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Brussel, Bruylant, 1935, 270 e.v.

⁸⁹ Om die reden wordt gesteld dat vermoedens bezwaarlijk als (zelfstandig, onmiddellijk) bewijsmiddel gekwalificeerd kunnen worden (STORME, M., o.c., 337, nr. 364; VEEGENS, D.J. en WIERSMA, K., *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, I (Algemene Grondslagen en Verdeling van de Bewijslast), Zwolle, Tjeenk Willink, 1973, 51, § 20).

⁹⁰ De opsomming van wettelijke vermoedens in art. 1350 B.W. is niet exhaustief. Onder art. 1350, 4°, B.W. worden ook de eed en de bekentenis vermeld die geen vermoedens uitmaken (VERHEYDEN-JEANMART, N., o.c., 101, nr. 187; DE PAGE, H., o.c., III, (1967), 962, nr. 934).

⁹¹ Zie in het bijzonder GENY, F., *Science et technique en droit privé positif*, Parijs, Sirey, 1925, III, 327 e.v., nr. 235; MIMIN, P., «Les présomptions quasi-légales», *J.C.P.*, 1946, I, 578; STORME, M., o.c., 368, nr. 393.

⁹² Zie hierover o.m. STORME, M., o.c., 363, nr. 387, en 369, nr. 393; DE PAGE, H., o.c., III, (1967), 242-245, nr. 235.

⁹³ DE PAGE, H., o.c., III, (1967), 951, nr. 925. De bewijswaarde van feitelijke vermoedens wordt door de rechter vrij gewaardeerd.

⁹⁴ Vgl. STORME, M., «Het proces, een vorm van geciviliseerd geweld», in *Rechtspraak in Opspraak*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 83 e.v.; zie echter ook STORME's *Het proces: Welddad of Kwaad?*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 19, waarin de auteur zijn stelling herzien heeft en besluit dat het proces wezenlijk een welddad is.

⁹⁵ ELDERS, J.L.M., *Waardering van bewijs*, (Afscheidsrede Rijksuniversiteit Limburg (Maastricht) van 27 april 1990), Deventer, Kluwer, 1990, 3. Vgl. STUNS, S., «Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering», *R.W.*, 1989-90, (1003), 1005; ROUSSEAU, H., noot sub Cass. fr., (req.), 6 december 1938, S., 1939, I, (9), 16.

⁹⁶ Mits derdenverzet aangewend wordt.

2. *Het gecreëerde wettelijk vermoeden strookt niet met twee beginselen van behoorlijke procesvoering*

32. Zowel in art. 6, lid 1, E.V.R.M. als in art. 14, lid 1, van het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (evenals in art. 10 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens), wordt immers het beginsel verwoord van de gelijkheid van de procespartijen (*paritas armorum*; *Waffengleichheit im Prozeß*; *equality of arms*; *égalité des armes*). Zeer terecht heeft Storme erop gewezen dat dit een autonoom algemeen beginsel van behoorlijke procesvoering betreft, dat weliswaar aansluit bij – maar niet vervangen kan worden door – bv. het beginsel van hoor en wederhoor of het recht op bijstand door een advocaat⁹⁷. Het zelfstandig karakter van dit beginsel wordt enigszins verdoezeld door het feit dat het, samen met o.m. voormelde beginselen, genoemd wordt onder de verzamelnaam van de «eerlijke behandeling»⁹⁸, zijnde het geheel van richtlijnen die staten in acht moeten nemen bij het uitstippelen van hun procesregels⁹⁹. Gelijkheid veronderstelt in de eerste plaats dat het hele procesrecht de voorafbestaande materiële en maatschappelijke ongelijkheid in een procesrechtelijke gelijkheid omzet. Daarenboven moet de gelijkheid niet alleen formeel maar ook inhoudelijk gerespecteerd worden: het beeld van de «Waffengleichheit» betekent precies dat men aan partijen niet alleen een wapen ter verdediging moet geven, maar tevens dat dit wapen evenwaardig moet zijn¹⁰⁰.

33. In het bijzonder in deze laatste verplichting schiet het besproken wettelijk vermoeden manifest tekort. De derde, aan wie een hem vreemde uitspraak wordt tegengeworpen, mag zich niet vergenoegen met het aanvoeren van elementen die z.i. het tegenbewijs opleveren van dit vermoeden. Zijn middelen mogen door de feitenrechter niet eens onderzocht worden, zolang hij geen derdenverzet¹⁰¹ heeft ingesteld tegen de ingeroepen rechterlijke uitspraak. De derde wordt hierdoor nagenoeg steeds gedwongen tot bijkomende kosten. Hij bevindt zich daarenboven – door het wettelijk karakter dat aan het vermoeden wordt verleend – in een ondergeschikte positie. De rechter is immers niet vrij in zijn appreciatie over de eerste uitspraak. Hij is eraan gebonden tenzij de derde, n.a.v. het derdenverzet, erin slaagt aan te

tonen dat de eerste rechter zich heeft vergist¹⁰². Het is overigens verre van denkbeeldig dat dit wettelijk vermoeden misbruikt zou worden. Het verstek van één van de partijen in de rechtspleging die uitmondde in de tegengeworpen uitspraak, of collusie tussen de toenmalige procespartijen (die bv. overeenkwamen dat bepaalde feiten niet ontkend zouden worden), kan de situatie van de derde in aanzienlijke mate verslechteren.

34. Respect voor het algemeen rechtsbeginsel van hoor en wederhoor¹⁰³ brengt o.m. met zich mee dat bewijzen waarover geen tegenspraak gevoerd is kunnen worden, door de rechter niet mogen worden toegelaten. Dit vloeit ook voort uit diverse wettelijke bepalingen nopens de bewijzlevering zoals deze geregeld worden in de artt. 870 t.e.m. 1007 Ger.W. en is voorts expliciet door het Hof van Cassatie erkend¹⁰⁴. Gegevens uit een ander geding kunnen in een navolgende procedure als bewijselement worden aangevoerd, mits hierover een debat kan worden gevoerd¹⁰⁵. Bij herhaling wees het Hof van Cassatie erop dat deze gegevens door de rechter als *feitelijke* vermoedens in aanmerking genomen kunnen worden, indien dit bewijsmiddel in het voorliggende geval toelaatbaar is¹⁰⁶. Deze jurisprudentie van het Hof kan

¹⁰² Het woord «vergissen» moet ruim worden geïnterpreteerd. Hieronder versta ik ook dat de rechter door de toenmalige procespartijen werd misleid of verkeerd, onvolledig of gebrekkig werd ingelicht.

¹⁰³ In de toelichting op een komende wijziging van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering werd dit omschreven als «het meest fundamentele beginsel van (burgerlijk) procesrecht» (zie STERK, T.A.W., «Het Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging wordt aangepast», *TCR*, 1993, (2), 3, Raadpleeg over dit rechtsbeginsel ook ASSER, W.H.D., *Salomo's Wijsheid – Hoar en Wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen*, Arnhem, Gouda Quint, 1992).

¹⁰⁴ Zie o.m. Cass., 13 november 1989, *Arr.Cass.*, 1989-90, nr. 156; Cass., 13 september 1984, *Arr.Cass.*, 1984-85, nr. 40. Ditzelfde beginsel geldt ook in strafzaken (Cass., 13 juni 1989, *Arr.Cass.*, 1988-89, nr. 559; Cass., 6 oktober 1987, *Arr.Cass.*, 1987-88, nr. 78; Cass., 5 januari 1982, *Arr.Cass.*, 1981-82, nr. 277; Cass., 16 december 1981, *Arr.Cass.*, 1981-82, nr. 256). Dit is overigens ook een van de redenen waarom de rechter niet van zijn persoonlijke kennis van de feiten van de zaak gebruik mag maken.

¹⁰⁵ Dit geldt uiteraard enkel mits deze elementen niet bekleed zijn met het gezag van gewijsde tussen de, in het navolgende geding, gedingvoerende partijen. De situatie die hier geïllustreerd wordt is – schematisch voorgesteld – dat een tussen A en B gewezen uitspraak naderhand wordt opgeworpen in een geding dat gevoerd wordt tussen A (en/of B) en X, of in een geding tussen X en Y.

¹⁰⁶ Cass., 7 oktober 1976, *Arr.Cass.*, 1977, 148, *R.W.*, 1976-77, 1569: («... dat een beschikking van buitenvervolginstelling in beginsel geen gezag van gewijsde heeft ten aanzien van de burgerlijke rechter en dat deze een andere uitspraak kan doen dan het onderzoeksgerecht, doch dat het hem niet verboden is, wanneer feitelijke vermoedens als bewijsmiddel zijn toegelaten, uit de *onderzoeksbeslissing* elementen te halen om tot zijn overtuiging te komen» (eigen curs.); Cass., 4 maart 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 729, *Pas.*, 1974, I, 683, *J.T.*, 1974, 350 (weliswaar gewezen in een strafzaak); Cass., 5 februari 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 545; Cass., 4 maart 1966, *Pas.*, 1966, I, 854; Cass., 17 december 1960, *Arr.Cass.*, 1961, 383, *Pas.*, 1961, I, 428; Cass., 28 april 1842, *Pas.*, 1842, I, 362; Cass., 27 juli 1836, *Pas.*, 1836, I, 291. Vgl. Cass., 5 september 1968, *Arr.Cass.*, 1969, 11, *Pas.*, 1969, I, 16, *R.W.*, 1966-67, 1089, *J.T.*, 1969; *Bull.Ass.*, 1968, 1038, noot R.V.G. Zie DE PAGE, H., o.c., III, (1967), 957, nr. 929, die het evenwel uitsluitend lijkt te hebben over elementen uit een eerder ge-

⁹⁷ STORME, M., «Algemene beginselen van behoorlijke procesvoering», in VAN HOECKE, M., (red.), *Algemene Rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (159), 178.

⁹⁸ Dit werd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bij herhaling beklemtoond (zie o.m. E.H.R.M., 30 oktober 1991, Borgers, *R.W.*, 1991-92, 1118 (en verwijzingen onder § 24 aldaar); E.H.R.M., 26 mei 1988, Ekbatani, *Série A*, nr. 134, 14, § 30; E.H.R.M., 2 maart 1987, Monell en Morris, *Série A*, nr. 115, 21, § 54).

⁹⁹ STORME, M., o.c., in VAN HOECKE, M., (red.), o.c., (159), 177; HAARDT, W.L., «Het burgerlijk geding. 'Fair-play' revisited», in X., *Goed & Trouw* (Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. W.C.L. Van Der Grinten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit van Nijmegen), Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 11-18; *Fair-play in het burgerlijk geding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1958.

¹⁰⁰ Vgl. STORME, M., o.c., in VAN HOECKE, M. (red.), o.c., (159), 178.

¹⁰¹ Eventueel op incidentele wijze.

niet gelezen worden in samenhang met de boven besproken arresten, waarin de bewijswaarde van de eerder gewezen beslissing jegens derden werd omschreven als een weerlegbaar wettelijk vermoeden.

3. Vorderingen strekkende tot bindendverklaring zijn overbodig

35. Een vordering strekkende tot bindendverklaring/gemeenverklaring (*déclaration de jugement commun*) beoogt het gezag van gewijsde waarmee een nog te wijzen uitspraak zal worden bekleed, c.q. het gezag van gewijsde waarmee een reeds gewezen uitspraak is bekleed, uit te breiden tot een mogelijke belanghebbende of iemand ten laste van wie men (later), op basis van de te wijzen of gewezen uitspraak, een vordering wil instellen¹⁰⁷. Op zichzelf is deze vordering louter conservatoir van aard¹⁰⁸. Wordt de vordering gegrond verklaard, dan zal degene jegens wie de uitspraak bindend verklaard is, zich in een (later) geding niet kunnen beroepen op de exceptie van gewijsde¹⁰⁹.

36. Een onderscheid kan gemaakt worden tussen (a) een vordering tot bindendverklaring in een geding waarin nog geen beslissing is gevallen en (b) de vordering tot bindendverklaring van een reeds tussen andere partijen gewezen vonnis¹¹⁰.

37. a) Art. 15 Ger.W. omschrijft de tussenkomst als een rechtspleging «waarbij een derde persoon *partij wordt* in het geding». Een eis tot tussenkomst is agressief wanneer zij er (tevens) toe strekt een veroordeling te doen uitspreken. De vordering is daarentegen louter conservatoir, als ze uitsluitend het tussenkomen van een bepaalde persoon tot voorwerp heeft, teneinde de te wijzen uitspraak jegens hem bindend te horen verklaren. Tussenkomst heeft steeds betrek-

wezen uitspraak waaraan een wettelijke bewijswaarde toekomt (zie boven, nr. 20); anders: VERHEYDEN-JEANMART, N., o.c., 108, nrs. 205-208.

¹⁰⁷ Zie o.m. Cass., 20 oktober 1988, *Arr.Cass.*, 1988-89, nr. 104; Cass., 14 mei 1982, *Arr.Cass.*, 1981-82, 1140, *Pas.*, 1982, I, 1086, *R.W.*, 1983-84, 186; Cass., 18 oktober 1979, *Arr.Cass.*, 1979-80, nr. 119, *Pas.*, 1980, I, 223; Cass., 7 september 1979, *Pas.*, 1980, I, 24; Cass., 9 december 1977, *Arr.Cass.*, 1979, 431, noot E.K., *Pas.*, 1978, I, 412; Cass., 21 oktober 1977, *Arr.Cass.*, 1978, 242, *Pas.*, 1978, I, 228; Cass., 24 mei 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 1166, *Pas.*, 1968, I, 1103; Cass., 18 november 1966, *Pas.*, 1967, I, 369; concl. adv.-gen. COLARD voor Cass., 6 oktober 1966, *Pas.*, 1967, I, 153.

¹⁰⁸ Cass., 18 oktober 1979, *Arr.Cass.*, 1978-79, nr. 119, *Pas.*, 1980, I, 223; Gent, 25 februari 1986, *T.G.R.*, 1986, 64.

¹⁰⁹ Cass., 25 oktober 1979, *Pas.*, 1980, I, 267; Cass., 21 oktober 1977, *Arr.Cass.*, 1978, 242, *Pas.*, 1978, I, 228; Cass., 21 februari 1956, *Pas.*, 1957, I, 414; Brussel, 27 april 1977, *Pas.*, 1978, II, 4; Brussel, 28 april 1965, *Pas.*, 1966, II, 114; Brussel, 8 juni 1960, *J.T.*, 1962, 460; Kh. Verviers, 4 mei 1961, *Jur.Liège*, 1961-62, 64; Kh. Brussel, 2 februari 1950, *Pas.*, 1951, III, 2; Rb. Bergen, 14 oktober 1949, *J.T.*, 1950, 654.

¹¹⁰ LEMMENS, P., «De vordering tot bindendverklaring van een reeds gewezen vonnis», noot sub Kh. Brussel, kort ged., 12 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, 2624; Kh. Brussel, kort ged., 14 maart 1972, *B.R.H.*, 1973, I, 174. Een dergelijk onderscheid werd veronachtzaamd in Rb. Gent, 9 september 1983, *De Verz.*, 1985, 229. Een zelfde té beperkte visie op de vordering tot bindendverklaring in het gerechtelijk privaatrecht is terug te vinden bij DE NAUW, A., *A.P.R.*, Tw. *De tussenkomst van derden voor de strafrechter*, Gent, E. Story-Scientia, 1985, 13, nr. 19.

king op gedingen waarin nog geen beslissing is gevallen¹¹¹. Het betreft immers een tussenvordering. De partij die tot tussenkomst gedaagd wordt of hiertoe vrijwillig tussenkomt¹¹², zal verplicht zijn de debatten te volgen¹¹³ waarbij ze vanzelfsprekend haar middelen kan laten gelden¹¹⁴.

38. b) Het begrip «tussenkomst» is daarentegen vreemd aan de vordering tot bindendverklaring van een reeds tussen andere partijen gewezen vonnis. Deze laatste vordering is wettelijk niet geregeld¹¹⁵. Zij strekt ertoe het gezag van gewijsde van een reeds gegeven uitspraak uit te breiden tot degene tegen wie de eis tot gemeenverklaring wordt ingeleid¹¹⁶. Daarnaast wordt veelal op basis van de aldus bindend gemaakte uitspraak tevens een veroordeling van de verwerende partij gevorderd. Evident mag het recht van verdediging van de partij, tegen wie naderhand de bindendverklaring wordt gevorderd, niet worden geschonden¹¹⁷. Zonder dat zij ertoe gehouden zijn derdenverzet aan te tekenen, moet hun «recht erkend (worden) om hun verweermiddelen te doen gelden (waardoor zij) de juridische grond van de voor hen bindend te verklaren beslissing kunnen ontzenuwen»¹¹⁸.

39. De vergelijking van zowel de wettelijke bepalingen die n.a.v. een tussenvordering strekkende tot bindendverklaring worden opgelegd, als de jurisprudentieel ontwikkelde bescherming van de derde jegens wie men een eerder gewezen uitspraak bindend wenst te laten verklaren, met voormeld wettelijk vermoeden spreekt voor zichzelf. Waarom zou degene die een te wijzen of reeds gewezen uitspraak, om welke reden dan ook, wenst aan te voeren tegen een derde, deze nog laten dagvaarden tot bindendverklaring? Eerstgenoem-

¹¹¹ LEMMENS, P., o.c., *R.W.*, 1981-82, (2624), 2625.

¹¹² Vgl. art. 16 Ger.W.

¹¹³ Als ze hieraan geen gevolg geeft, zal tegen haar een uitspraak op verstek gevorderd kunnen worden.

¹¹⁴ LEMMENS, P., o.c., *R.W.*, 1981-82, (2624), 2626.

¹¹⁵ Cass., 24 mei 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 1166, *Pas.*, 1968, I, 1103; Cass., 10 juni 1948, *Pas.*, 1948, I, 370, noot R.H., *R.C.J.B.*, 1949, 113, noot BRAAS, A.; Cass., 21 september 1933, *Pas.*, 1933, I, 311; Kh. Brussel, kort ged., 14 maart 1972, *B.R.H.*, 1973, I, 174; LEMMENS, P., o.c., *R.W.*, 1981-82, (2624), 2626; DE PAGE, H., o.c., III, (1967), 1055, nr. 999.

¹¹⁶ De vordering tot bindendverklaring zal als niet toelaatbaar worden afgewezen, indien niet blijkt dat de eiser er belang bij heeft de uitspraak bindend te doen verklaren van de tot tussenkomst opgeroepen partij (Cass., 5 november 1990, *Arr.Cass.*, 1990-91, nr. 124; Cass., 10 december 1981, *Arr.Cass.*, 1981-82, nr. 239, *R.W.*, 1982-83, 2409; Cass., 7 september 1979, *Arr.Cass.*, 1979-80, nr. 13).

¹¹⁷ Cass., 5 oktober 1987, *Arr.Cass.*, 1987-88, nr. 73, *R.W.*, 1987-88, 1345; Cass., 22 december 1983, *Arr.Cass.*, 1983-84, nr. 220, *R.W.*, 1984-85, 903; Cass., 16 december 1980, *Arr.Cass.*, 1980-81, nr. 233; Cass., 19 september 1980, *Arr.Cass.*, 1980-81, nr. 49; Cass., 3 maart 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, nr. 415, *Pas.*, 1980, I, 812, *J.T.T.*, 1983, 105; Cass., 22 mei 1978, *Arr.Cass.*, 1978, 1109, *Pas.*, 1978, I, 1068, *R.W.*, 1978-79, 1579; Cass., 10 april 1970, *Arr.Cass.*, 1971, 731; Cass., 10 juni 1948, *Pas.*, 1948, I, 370; Cass., 4 maart 1955, *Pas.*, 1955, I, 732; Brussel, 26 februari 1986, *T.B.B.R.*, 1987, 68; Gent, 25 februari 1986, *T.G.R.*, 1986, 64. DECONINCK, B., «De expertise gesanctioneerd», in *IUS*, nr. 8, *Expertise*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (137), 144-145; LAENENS, J., «Het deskundigenonderzoek en de rechten van verdediging», noot sub Brussel, 26 februari 1986, *T.B.B.R.*, 1987, 71-72.

¹¹⁸ De tekst tussen aanhalingstekens geplaatst is afkomstig van Cass., 24 mei 1968, *Arr.Cass.*, 1968, 1166, *Pas.*, 1968, I, 1103.

de bewandelt hiermee een moeilijke weg, terwijl er een effen pad openligt ¹¹⁹. Wanneer hij, na degene gedagvaard te hebben aan wie hij ter staving van zijn vordering een uitspraak tegenwerpt waaraan de gedaagde vreemd is gebleven, wordt deze laatste immers volledig in het defensief gedrongen. De verwerende partij zal tegen de inhoud van de tegengeworpen uitspraak slechts middelen kunnen ontwikkelen of een tegenbewijs leveren, nadat zij hiertegen derdenverzet heeft aangetekend.

40. Nog eenvoudiger wordt het wanneer men eerst de uitspraak laat betekenen aan degene t.a.v. wie men er zich later op wenst te beroepen. Reageert de derde niet binnen de termijn van drie maanden, resp. één maand ¹²⁰, dan kan hij – naar de geldende opvattingen – niet meer tegenspreken hetgeen in de (naderhand) tegengeworpen uitspraak is beslist.

4. Art. 1124 Ger.W. wordt niet in acht genomen

41. Aan de inhoud van deze wetsbepaling wordt m.i. een vereiste toegevoegd dat niet in de tekst te lezen staat, noch door de ontwerpers van de wet gewild was: het zou verboden zijn, zonder het (tijdig) instellen van het rechtsmiddel van derdenverzet, rechtstreeks datgene tegen te spreken wat in de tegengeworpen uitspraak is beslist ¹²¹.

42. In de jurisprudentie leest men geen rechtvaardiging voor deze stellingname. Le Paige baseert deze zienswijze op het verbod de «bewijskracht» (versta: gezag van gewijsde) van de eerder gewezen, thans tegengeworpen uitspraak, te schenden ¹²². Andere auteurs schermen met de noodzaak tegenstrijdige uitspraken te vermijden ¹²³.

43. Het valt inderdaad niet te ontkennen dat de regel van art. 1124 Ger.W. – zonder voormelde aanvulling – tot gevolg kan hebben dat er een (nieuwe) uitspraak zal worden gegeven, die met een eerder gewezen beslissing niet te verzoenen valt. Het is echter zeer de vraag of dit argument wel overtuigend is.

Er dient immers allereerst vastgesteld te worden dat in de (vaak wettelijke) omschrijving van verschillende andere begrippen van ons burgerlijk procesrecht een identiek gevaar schuilt. Hierbij kan gedacht worden aan het gezag van gewijsde in burgerlijke zaken dat – *de lege lata* – de openbare

orde niet raakt ¹²⁴, waardoor met elkaar onverzoenbare beslissingen tot stand kunnen komen. Zo ook kan de zeer enge definitie van onsplitsbaarheid (art. 31 Ger.W.), aanleiding geven tot tegenstrijdige uitspraken ¹²⁵. Tot een zelfde gevolg leidt het door het Hof van Cassatie (terecht) ingenomen standpunt m.b.t. het begrip «samenhang» (art. 30 Ger.W.). De wettelijke omschrijving hiervan laat er geen twijfel over bestaan dat het al dan niet aanwezig zijn van samenhang aan de vrije appreciatie van de rechter wordt overgelaten ¹²⁶.

Uit deze enkele voorbeelden dient besloten te worden dat de noodzaak tegenstrijdige beslissingen te vermijden geenszins als beslissend argument kan gelden om de jurisprudentiële – en in de doctrine onderschreven – aanvulling van art. 1124 Ger.W. te verantwoorden.

Daarbij komt echter nog dat een geslaagd derdenverzet in de regel *niet* leidt tot de vernietiging van de bestreden beslissing ¹²⁷. Overeenkomstig art. 1130, eerste lid, Ger.W. zal het gerecht dat het derdenverzet toewijst, de bestreden beslissing geheel of gedeeltelijk vernietigen, doch alleen t.a.v. de derde. De bestreden uitspraak zal m.a.w., zelfs bij inwilliging van het derdenverzet, tussen de oorspronkelijk gedingvoerende partijen blijven bestaan en tussen hen met bindende kracht, het gezag van gewijsde en uitvoerbare kracht bekleed blijven ¹²⁸. Het aanwenden van het rechtsmiddel van derdenverzet staat er dan ook geenszins garant

¹²⁴ Art. 27, tweede lid, Ger.W. Zie o.m. Cass., 19 oktober 1987, *Arr.Cass.*, 1987-88, 199, *Pas.*, 1988, I, 186; Cass., 1 maart 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 724, *Pas.*, 1974, I, 679; Cass., 1 december 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 321, *Pas.*, 1973, I, 312; Cass., 17 november 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 273, *Pas.*, 1973, I, 270; Cass., 8 december 1971, *Arr.Cass.*, 1972, 348, *Pas.*, 1972, I, 344; Cass., 17 oktober 1968, *Arr.Cass.*, 1969, 188, *Pas.*, 1969, I, 181; Cass., 29 oktober 1963, *Pas.*, 1964, I, 219; Cass., 19 februari 1953, *Pas.*, 1953, I, 471; Cass., 18 februari 1949, *Pas.*, 1949, I, 147.

¹²⁵ Zie hierover VAN REEPINGHEN, Ch., o.c., I, 55; HAYOIT DE TERCOURT, R., «Considérations sur le projet de Code judiciaire», *J.T.*, 1966, 499, noot 43; KRINGS, E. en STORME, M., «Onsplitsbaarheid», Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland, *Jaarboek 1969-1970*, Zwolle-Antwerpen, Tjeenk Willink-De Sikkell, 1970, (306), 311, nr. 9, en 323, nr. 34; Taelman, P., «Hoger beroep in onsplitsbare geschillen», *T.G.R.*, 1991, 136-139. Cass., 22 november 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, 418, *Pas.*, 1985, I, 374; Cass., 12 maart 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 862, *Pas.*, 1980, I, 856, *R.W.*, 1980-81, 521; Cass., 13 maart 1978, *Arr.Cass.*, 1978, 840; Cass., 22 februari 1973, *Arr.Cass.*, 1973, 621, *Pas.*, 1973, I, 591.

¹²⁶ Cass., 4 september 1987, *Arr.Cass.*, 1987-88, 4, *Pas.*, 1988, I, 4; Cass., 28 september 1984, *Arr.Cass.*, 1984-85, *Pas.*, 1985, I, 141; Cass., 15 mei 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, 1073, *Pas.*, 1981, I, 1073. Inzake «aanhangigheid» (art. 29 Ger.W.) bestaat geen dergelijk appreciatierecht.

¹²⁷ Dit zal slechts (uitzonderlijk) anders zijn ingeval het een onsplitsbaar geschil betreft (VAN REEPINGHEN, Ch., o.c., I, 437; LE PAIGE, A., o.c., IV, 182, nr. 176 e) *juncto*, 199, nr. 189; FETTWEIS, A., o.c., Luik, P.U.L., 1987, 572, nr. 895; DEPUYDT, P., *Comm.Ger.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., art. 1130). Zie art. 1130 Ger.W.

¹²⁸ Zie o.m. LE PAIGE, A., o.c., IV, 199, nr. 189; FETTWEIS, A., Luik, P.U.L., 1987, 567, nr. 884 en 572, nr. 895; STERCKX, D., noot sub Brussel, 10 september 1985, *Rev.Not.B.*, 1975, (604), 607, nr. 6; VAN LENNEP, R., *Gerechtigd Wetboek – Tekst en Commentaar*, Leuven, Universitas, 1969, IV, 1225.

¹¹⁹ FETTWEIS, A., o.c., Luik, P.U.L., 1987, 423, nr. 596. Zijn verwijt naar de z.i. té ruime toepassing die in de rechtspraak gegeven wordt aan de vordering tot bindendverklaring steunt m.i. op een achterhaalde analyse van de werking van gerechtelijke uitspraken t.a.v. derden.

¹²⁰ Zie resp. artt. 1129 en 1034 Ger.W., alsook de interpretatie van deze laatste bepaling in Cass., 22 maart 1985, *Arr.Cass.*, 1984-85, 1014, *Pas.*, 1985, I, 931, *R.W.*, 1984-85, 2675, concl. proc.-gen. KRINGS, E.

¹²¹ VAN REEPINGHEN, Ch., o.c., I, 434. Naar het oordeel van LE PAIGE, A., o.c., IV, 190, nr. 181, stemt de thans in de doctrine (en jurisprudentie) verdedigde opvatting wél overeen met de tekst van art. 1124 Ger. W. FETTWEIS, A., o.c., *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1987, (217), 221, nr. 8, stipt daarentegen aan: «(...) cette disposition légale doit être entendue avec circonspection, son champ d'application est plus étroit que ce que la seule lecture donne à penser».

¹²² LE PAIGE, A., o.c., IV, 187, nr. 179.

¹²³ Zie de verwijzingen in nr. 18.

voor dat tegenstrijdigheid tussen gerechtelijke uitspraken wordt vermeden ¹²⁹.

IV. DE WERKZAAMHEID VAN GERECHTELIJKE UITSPRAKEN JEGENS DERDEN HERDACHT

A. Het begrip «derde» versus «partij (in het geding)»

44. Het lijkt voor de hand te liggen dat een studie over de werkzaamheid naar derden toe van een bepaalde rechtshandeling — i.c. de beslissing van een (burgerlijke) rechter — aanvangt met de definiëring wie als derde bij de bestudeerde rechtshandeling moet worden aangemerkt ¹³⁰. Met Dirix moet evenwel opgemerkt worden dat het begrip «derde» zeker niet het eenvoudigste is dat ons recht kent ¹³¹. Het is m.i. overigens zeer de vraag of één enkele definitie van begrippen «partij»/«derde», die alle in het privaatrechtelijk procesrecht gehanteerde concepten overspant ¹³², wel gegeven kan worden. In de rechtsleer wordt immers veelal de opvatting verdedigd dat die begrippen beslist meerduidelijk zijn: «la qualité de tiers ne pouvant être que relative et circonstancielle» ¹³³.

¹²⁹ Het argument dat derdenverzet obligatoir is om tegenstrijdige uitspraken te vermijden gaat enkel op in zoverre het een onsplitbaar geschil betreft, daar in een dergelijk geval — indien over het rechtsmiddel gunstig geoordeeld werd — de vernietiging geldt t.a.v. alle partijen.

¹³⁰ Tot een zelfde resultaat leidt de vraag wie als partij t.a.v. de bedoelde rechtshandeling moet worden beschouwd. De hoedanigheid van partij is immers onverzoekenbaar met die van derde (DIRIX, E., o.c., 22 e.v., nrs. 3-46; DUCLOS, J., o.c., 25, nr. 3).

¹³¹ DIRIX, E., o.c., 21, nr. 1. Zie ook WIERSMA, K., o.c., 7, nr. 3; 43-45, nrs. 5-6 en 135, nr. 14. Dit kan (mede) een verklaring vormen voor het ontbreken van een systematisch uitgewerkte studie over de «subjectieve zijde» van het burgerlijk proces in de Belgische doctrine (zie de verzuchting hierover van DECONINCK, B. en BAERT, K., «Rechtsovervolg in het nieuwe België. Spookrijders in het procesrecht», in STORME, M. en BEIRLAEN, A. (red.), *Procederen in nieuw België en komend Europa*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (377), 382, nr. 4). Deze lacune is m.i. verantwoordelijk voor de hierboven bestreden, té ongenueerde, opvatting over de werkzaamheid van gerechtelijke uitspraken naar derden.

¹³² Er kan o.m. gedacht worden aan: artt. 23-28 Ger.W. (gezag van gewijsde); art. 30 Ger.W. (aanhangigheid); artt. 815 e.v. (hervatting van geding); art. 870 Ger.W. (bewijslastregeling); artt. 828 e.v. (waking); artt. 1017 e.v. Ger.W. (veroordeling in de kosten); artt. 1025 e.v. (de inleiding en behandeling van de vordering op eenzijdig verzoekschrift; zie concl. proc.-gen. KRINGS, E. voor Cass., 23 maart 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 443); artt. 1042 e.v. (aanwenden van rechtsmiddelen).

¹³³ Aldus DUCLOS, J., o.c., 25, nr. 3, en 123, nr. 96. Zie ook o.m. DIRIX, E. en BROECKX, K., *A.P.R.*, Tw. *Beslag*, Brussel, E. Story-Scientia, 1992, 101, nr. 168; VINCENT, J. en GUINCHARD, S., o.c., 356, nr. 351, en 358, nr. 354; ROTH-GROSSER, E., *Das Wesen der materiellen Rechtskraft und ihre subjektiven Grenzen*, Zürich, Juris Druck + Verlag, 1981, 42-44. Zie de opsomming van «bijzondere gevallen» bij WIERSMA, K., o.c., 56-112. Deze zienswijze houdt verband met de theorie van de *représentation imparfaite* (zie hierover o.m. RUTSAERT, J., *R.P.D.B.*, Complément VI, 1983, V° *Chose jugée*, 270 e.v., nrs. 58-62; DE PAGE, H., o.c., III, (1967), 1037 e.v., nrs. 979-982; LAURENT, F., *Principes de droit civil*, Brussel-Parijs, Bruylant-Christophe-Durand et Pedone Lauriel, 1876, XX, 122-158, nrs. 94-125) die evenwel in ons land, dankzij de argwanende houding van het Hof van Cassatie (Cass., 30 maart 1916, *Pas.*, 1917, I, 20), nimmer

Het geven van een omschrijving van die begrippen — en het zich hieraan houden in de verdere uiteenzetting — is m.i. dan ook belangrijker dan de inhoud van de definitie zelf ¹³⁴. Het spreekt hierbij wel voor zich dat, hoe enger men het partij-begrip opvat, hoe nauwkeuriger de werkzaamheid van de uitspraak jegens derden zal kunnen worden gepercipieerd ¹³⁵.

45. Om die reden versta ik hierna onder «partij in het geding» zowel de *materiële* als de *formele* procespartij ¹³⁶. De materiële procespartij is de persoon over wiens rechten en/of aanspraken het in het proces gaat, zelfs indien hijzelf niet voor de rechter staat; het is het subject van de rechtsbetrekking waarover het geschil bestaat ¹³⁷. Formele procespartij is degene die als eiser, verweerder of interveniënt deelneemt aan het geding; het is degene onder wiens naam (maar voor rekening van de materiële procespartij, hetgeen in de regel zal dienen te blijken uit de vermelding van de hoedanigheid ¹³⁸) het geding wordt gevoerd (bv. de wettelijke voogd;

een breed toepassingsgebied kende. In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds derden-belanghebbenden en anderzijds de zgn. *penitus extranei*, welke laatsten in het geheel niets met de uitspraak te maken zouden hebben.

¹³⁴ De gerechtelijke hervorming heeft m.b.t. de begrippen «partij in het geding»/«derde» geen opheldering gebracht. Dit was overigens ook niet de bedoeling van de ontwerpers van het Ger.W. die voornamelijk praktisch werk wilden verrichten (zie o.m. LE PAIGE, A., o.c., IV, 157, nr. 161).

¹³⁵ Dit heeft SPELLENBERG, U., («Drittbeteiligung im Zivilprozeß in rechtsvergleichender Sicht», *ZZP*, (106), 1993, (283), 295-301) bij zijn bespreking van het begrip «vertegenwoordiging» naar Frans recht m.i. onvoldoende ingeschat.

¹³⁶ Vgl. HUGENHOLTZ, W., en HEEMSKERK, W.H., *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Utrecht, Lemma, 1991, 51, nr. 45. Voor een *andere* zienswijze: BROECKX, K., «Tegen wie kan hoger beroep worden ingesteld?», noot sub Brussel, 2 september 1992, *P & B*, 1993, 101, nr. 2; «De autonomie van het belang als toelaatbaarheidsvereiste in hoger beroep», noot sub Cass., 13 september 1991, *R.W.*, 1991-92, (883), 884, nr. 3. Haar stelling, dat enkel een materiële procespartij het recht heeft hoger beroep in te stellen, is m.i. overigens onnauwkeurig geformuleerd. Immers, als de hoedanigheid van materiële en formele procespartij niet in dezelfde persoon is verenigd, kan de materiële procespartij *niet* zelf het vorderingrecht uitoefenen, noch hoger beroep aantekenen. Eveneens te ongenueerd zijn DE CORTE en LAENENS («De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek», *T.P.R.*, 1980, (447), 455, nr. 16) waar ze schrijven dat een tegeneis slechts kan worden ingeleid tegen de materiële procespartij. In voorkomend geval zal de tegeneis m.i. slechts toegelaten kunnen worden (a) indien hij gericht is tegen de formele partij (in zoverre deze ter zake over de vereiste hoedanigheid beschikt) en (b) voor zover wat gevorderd wordt, toerekenbaar is aan de materiële partij die erachter schuil gaat (vgl. LAENENS, J., «Het optreden in rechte van een gemeenschap van medeëigenaars in een appartementsgebouw», *R.W.*, 1991-92, (286), 291, nr. 35).

¹³⁷ STAR BUSMANN, C.W., bewerkt door RUTTEN, L.E.H., m.m.v. ARIENS, W.H., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem, Erven Bohn, 1972, 385, nr. 391; CLEVERINGA, R.P., «Formeele partijen», *RMTh*, 1939, 381 en 509; STORME, M. en DE CORTE, R., o.c., Gent, gestenc., 1973, 61, nr. 121; LAENENS, J., o.c., *R.W.*, 1991-92, (286), 288, nr. 21.

¹³⁸ Zie over het vereiste de procesvertegenwoordiging te vermelden: Cass., 28 september 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 75, *R.W.*, 1984-85, 2702; Cass., 30 mei 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 1197, *Pas.*, 1968, I, 1131; FETTWEIS, A., o.c., Luik, P.U.L., 1987, 50, nr. 41, en verwijzingen aldaar; vgl. VINCENT, J. en GUINCHARD, S., o.c., 369-370,

de curator of sekwester ; de huismeester van een medeëigen-dom)¹³⁹.

46. Doorgaans zal iemand die de hoedanigheid van materiële (proces)partij verwerft, ook zelf bevoegd zijn om de met zijn subjectieve rechten corresponderende vorderingsrechten uit te oefenen¹⁴⁰. In dit (veelvuldig voorkomende) geval kan geen onderscheid gemaakt worden tussen de materiële en de formele procespartij.

47. Anders ligt het wanneer degene over wiens subjectieve of materiële rechten het gaat, niet zelf in rechte voor de effectuering of bescherming ervan kan zorgen. Telkens wanneer de materiële (proces)partij geen houder (meer) is van het vorderingsrecht omdat haar de uitoefening ervan door de wet of een rechterlijke beslissing is ontnomen, of via een overeenkomst is overgedragen, zal – als in rechte moet worden geageerd – een van de materiële partij te onderscheiden rechtssubject als formele procespartij optreden. Bij procesvertegenwoordiging gaan achter de formele procespartij een of meer materiële procespartijen schuil, wier identiteit niet altijd wordt onthuld¹⁴¹ en in bepaalde gevallen zelfs niet bekend is¹⁴². In dit geval zal het begrip hoedanigheid een belangrijke rol gaan spelen¹⁴³.

48. Het nut van dit onderscheid binnen het begrip «partij in het geding» ligt hierin dat het duidelijk maakt dat er in een geding meer personen aanwezig kunnen zijn (en derhalve door de te wijzen uitspraak gebonden zullen zijn) dan uit een lectuur van de processtukken blijkt. Zowel t.a.v. de materiële procespartij als van de formele procespartij, uiteraard rekening houdend met de hoedanigheid waarin deze laatste optrad, zal de gerechtelijke beslissing met het gezag van gewijsde bekleed zijn. Alle andere personen, alsook de

formele procespartij – in haar andere hoedanigheden dan die waarin zij in het geding optrad¹⁴⁴ – zijn t.a.v. de beslissing derden.

49. Bij het voorgaande past nog een precisering. Om de hoedanigheid van formele procespartij te verwerven is vereist dat men hetzij zelf het initiatief neemt tot het voeren van een geding, hetzij daarin op een juridisch correcte wijze betrokken wordt¹⁴⁵. Louter worden opgeroepen, verschijnen, conclusie nemen, volstaat *niet* om als (formele) procespartij gekwalificeerd te kunnen worden¹⁴⁶. Zeer terecht heeft de wetgever in art. 1122 Ger.W. de mogelijkheid van het aanwenden van het rechtsmiddel van derdenverzet opgesteld voor degenen die niet behoorlijk werden opgeroepen. Het Hof van Cassatie bevestigde van zijn kant dat wie niet (op regelmatige wijze) in het geding is tussengekomen, niet de hoedanigheid verwerft van partij en derhalve niet de aan de partijen ter beschikking staande rechtsmiddelen kan uitputten¹⁴⁷.

Het valt m.i. met deze principes niet te verenigen dat iemand die, hoewel hij niet regelmatig in de procedure betrokken werd, toch partij kan worden ingeolge een te zijnen laste uitgesproken veroordeling. Het Hof van Cassatie gewaagt in zijn arrest van 6 februari 1986¹⁴⁸ evenwel van een «partij bij de beslissing» (*partie au jugement*), aan wie het recht toekomt de aan de partijen ter beschikking staande rechtsmiddelen tegen deze uitspraak aan te wenden. Het komt mij voor dat een dergelijke uitspraak veeleer ingegeven is door de wil een (pragmatische) oplossing te geven aan een onoordeelkundige beoordeling van de kant van de feitenrechter, dan wel door het correct hanteren van de wettelijke regelen. Aan de «partij bij de beslissing» kan m.i. enkel het rechtsmiddel van derdenverzet ter beschikking staan¹⁴⁹. Ter staving hiervan kan aangevoerd worden dat het Hof van Cas-

nr. 364, en 908, nr. 1102, II, 3°. Het is m.i. onnauwkeurig te stellen dat «een formele procespartij optreedt in eigen naam, maar voor rekening van een materiële procespartij» (zie evenwel LAENENS, J., o.c., *R.W.*, 1991-92, (286), 391, nr. 33). «In eigen naam» kan verwarring scheppen met de hoedanigheid waarin opgetreden wordt. Het verdient m.i. aanbeveling te schrijven dat de formele partij optreedt *onder* haar eigen naam, maar voor rekening van een ander (hetgeen kan blijken uit de vermelding *qualitate qua*).

¹³⁹ STORME, M. en DE CORTE, R., o.c., *Gent*, gestenc., 1973, 61, nr. 121; DE CORTE, R. en LAENENS, J., o.c., *T.P.R.*, 1980, (447), 455, nr. 16; LAENENS, J., o.c., *R.W.*, 1991-92, (286), 288, nr. 21.

¹⁴⁰ FETTWEIS, A., o.c., Luik, P.U.L., 1987, 48, nr. 36; DECONINCK, B. en BAERT, K., o.c., in STORME, M. en BEIRLAEN, A., (red.), o.c., (377), 390, nr. 11.

¹⁴¹ Zie de verwijzingen in noot 138.

¹⁴² Bv. de curator over een onbeheerde nalatenschap, die deze moet beheren (en vereffenen) in afwachting dat zich de – tot dan toe onbekend gebleven – erfgeërfden manifesteren (zie hierover DE PAGE, H., o.c., IX, (1974), 581 e.v., nrs. 780-788, en 1069, nrs. 1500-1513). In die hoedanigheid kan de curator o.m. een procedure instellen tegen de schuldenaars van de *de cuius*, de verdeling vorderen van de aan de overledene en derde toebehorende onverdeelde goederen, een revindicatievordering instellen, enz. (DE PAGE, H., o.c., IX, (1974), 1071, nr. 1505; RUTSAERT, J., *R.P.D.B.*, Complément VI, 1983, V° *Chose jugée*, 269, nr. 54).

¹⁴³ DECONINCK, B., en BAERT, K., o.c., in STORME, M. en BEIRLAEN, A., (red.), o.c., (377), 392, nr. 11 (welke auteurs de stelling verdedigen dat de uitsplitsing in diverse hoedanigheden van één en dezelfde persoon soms ook m.b.t. de materiële procespartij dient te geschieden); FETTWEIS, A., o.c., Luik, P.U.L., 1987, 48, nr. 36; DE CORTE, R. en LAENENS, J., o.c., *T.P.R.*, 1980, (447), 454-456, nrs. 15-16.

¹⁴⁴ Zie o.m. Cass., 24 oktober 1983, *Arr.Cass.*, 1983-84, 210. Hier kan ook verwezen worden naar de aanhef van art. 1122 Ger.W.

¹⁴⁵ Bv. omdat men gedagvaard wordt, omdat men verklaart vrijwillig te verschijnen, omdat men ten gevolge van de neerlegging van een verzoekschrift op tegenspraak wordt opgeroepen... Vgl. DE CORTE, R. en LAENENS, J., o.c., *T.P.R.*, 1980, (447), 456, nr. 16 *in fine*.

¹⁴⁶ Cass., 31 januari 1986, *Arr.Cass.*, 1985-86, nr. 345, conc. proc-gen. KRINGS, E., *T.B.H.*, 1986, 280; Cass., 17 september 1982, *Arr.Cass.*, 1982-83, nr. 48. Vgl. Cass., 13 december 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 484, noot J.C.; Cass., 27 april 1989, *Arr.Cass.*, 1988-89, 1004, *R.C.J.B.*, 1990, 215. Vanuit diezelfde gedachtengang wordt terecht geponeerd dat een rechter, door het antwoorden op de middelen van de wraking die jegens hem worden aangevoerd, geen partij wordt in het incident (Cass., 4 april 1986, *Arr.Cass.*, 1985-86, 1047, *Pas.*, 1986, I, 945; Cass., 20 januari 1966, *Pas.*, 1966, I, 651, noot R.H.; Bergen, 11 mei 1988, *Pas.*, 1988, II, 209; *J.L.M.B.*, 1988, 1132).

¹⁴⁷ Cass., 11 december 1970, *Arr.Cass.*, 1971, 367; Bergen, 11 mei 1988, *Pas.*, 1988, II, 209; KOHL, A., *R.P.D.B.*, Complément VI, 1983, V° *Appel en matière civile, sociale et commerciale*, nr. 197; LAENENS, J., o.c., *R.W.*, 1991-92, (286), 291, nr. 36.

¹⁴⁸ Cass., 6 februari 1986, *Arr.Cass.*, 1985-86, nr. 364. Het cassatiearrest van 13 september 1991 (*R.W.*, 1991-92, 882, noot BROECKX, K.) valt niet met voormeld arrest te vergelijken, nu het o.m. had te oordelen over de mogelijkheid tot het instellen van een cassatievoorziening door een (juridisch weliswaar niet bestaande) vereniging (zonder rechtspersoonlijkheid) die op regelmatige wijze in het geding was betrokken en veroordeeld.

¹⁴⁹ Vgl. concl. proc-gen. KRINGS, E. voor Cass., 31 januari 1986, *Arr.Cass.*, 1985-86, (734), nr. 345, 739; Cass., 20 januari 1977, *Pas.*, 1977, I, 545, noot 1; Cass., 24 januari 1974, *Pas.*, 1974, I, 544, concl.

satie bij herhaling beslist heeft dat niet de vermeldingen van de bestreden uitspraak doorslaggevend zijn om aan iemand de hoedanigheid van procespartij toe te kennen, maar wél de bestanddelen van de zaak, zoals deze blijken uit het dossier van de rechtspleging¹⁵⁰. Voorts valt op te merken dat de arresten waarnaar onder voormelde uitspraak wordt verwezen¹⁵¹, het door het Hof in een burgerlijke zaak ingenomen standpunt niet kunnen schragen¹⁵².

B. Werkzaamheid van gerechtelijke uitspraken jegens derden – Omschrijving van het begrip – Beperking van het onderzoek

50. Naar de zienswijze van het Hof van Cassatie lijkt de werkzaamheid van een gerechtelijke uitspraak jegens derden beperkt tot de bewijswaarde van de beslissing, zonder dat deze ooit tot gevolg kan hebben dat er in de persoon van de derde verplichtingen ontstaan. Deze visie is, in haar algemeenheid, veel te ongenueanceerd zoals blijkt uit een eenvoudige toetsing ervan aan een aantal wetsbepalingen.

51. Zo bepaalt art. 1388, eerste lid, Ger.W.: «Beslissingen waarbij aan een derde opheffing, doorhaling van een hypothecaire inschrijving, betaling of enige prestatie wordt bevolen of opgelegd, zijn door of tegen hem enkel uitvoerbaar op een verklaring van de griffier van het gerecht dat de beslissing heeft gewezen dat er bij zijn weten binnen de door de wet vastgestelde termijn geen verzet noch hoger beroep tegen de beslissing is ingesteld»¹⁵³. Deze bepaling toont aan dat de uitvoerbare kracht van een vonnis of arrest zich verder kan uitstrekken dan de (rechts)personen die partij geweest zijn in de procedure die tot deze uitspraak heeft geleid¹⁵⁴. Het feit dat een derde, krachtens een rechterlijke

uitspraak waaraan hij vreemd is gebleven, gehouden kan zijn tot het verrichten van een bepaalde, welomschreven prestatie¹⁵⁵, heeft de Nederlandse cassatierechter overigens doen besluiten «dat het in het stelsel van de wet besloten ligt dat een executoriale titel, voor wat betreft de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging ervan, in beginsel ook jegens derden die daarbij geen partij waren werking heeft, zulks binnen de grenzen die in het gegeven geval worden gesteld door de formulering van de veroordeling en door de uit de wet voortvloeiende regels»¹⁵⁶.

Meent de derde door deze uitspraak in zijn rechten benadeeld te zijn, dan kan hij hiertegen het rechtsmiddel van derdenverzet aanwenden en, desgewenst, (voor de beslagrechter) vorderen dat de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing in afwachting van de beslissing over het rechtsmiddel (geheel of ten dele) wordt opgeschort¹⁵⁷.

52. Art. 1122, tweede lid, 1°, Ger.W. bepaalt dat het rechtsmiddel van derdenverzet, in de regel, niet kan worden ingesteld door de algemene rechtverkrijgenden of door de rechtverkrijgenden onder algemene titel. Impliceert dit niet dat de bedoelde personen – net zoals de gedingvoerende partijen – het gezag van gewijsde van de betrokken rechterlijke beschikking moeten erkennen en tevens de bindende kracht van de uitspraak moeten ondergaan¹⁵⁸?

53. Art. 14, § 1, eerste lid, W.A.M.¹⁵⁹ bepaalt dat «een vonnis, dat is gewezen in een geschil tussen de benadeelde en de verzekerde, (kan) worden ingeroepen tegen de verzekeraar, indien vaststaat dat deze laatste in feite de leiding van het geding op zich heeft genomen». Zeer terecht werd

proc.-gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J.; Cass., 2 maart 1972, *Arr.Cass.*, 1972, 604, *Pas.*, 1972, I, 599.

¹⁵⁰ Vgl. Cass., 17 februari 1978, *Arr.Cass.*, 1978, 721; Cass., 23 oktober 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 251, *R.W.*, 1974-75, 1053.

¹⁵¹ Zie noot 1, sub Cass., 6 februari 1986, *Arr.Cass.*, 1985-86, 788, nr. 364.

¹⁵² Er wordt m.n. verwezen naar twee uitspraken in burgerlijke zaken, waarin de eiser in cassatie wél op regelmatige wijze in de procedure voor de feitenrechter was betrokken. De overige (en oudere) arresten betreffen uitspraken van strafrechters over de burgerlijke vordering (n.a.v. een misdrijf). Op te merken valt dat, tot vóór de totstandkoming van het Ger.W., derdenverzet hiertegen niet toegelaten was (*Pand.B.*, V° *Tierce opposition*, nrs. 113-127; *R.P.D.B.*, V° *Tierce opposition*, nrs. 22-23; VAN LEUVEN, J., «Nieuw geluid – nieuwe lente?», *R.W.*, 1991-92, (833), 843-844).

¹⁵³ Er bestaan nog tal van andere wetsbepalingen waaruit blijkt dat in een uitspraak aan een derde verplichtingen kunnen worden opgelegd (zie o.m. de artt. 877 e.v. Ger.W. (*actio ad exhibendum*); de artt. 923-928 Ger.W.; artt. 1275, derde lid, 1303, vierde lid, 1306, 1309 *juncto* 1310, 2°, Ger.W.; art. 1405, vijfde lid, Ger.W.; art. 1543, tweede lid, Ger.W.; zie ook art. 92 Hyp.W.). Ook uit de bepalingen nopens de sommandelegatie (zie hierover o.m. BAETEMAN, G., *Overzicht van het Personen- en Gezinsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 300-312, nrs. 513-524) volgt dat een vonnis kan worden tegengeworpen aan alle tegenwoordige en toekomstige derde-schuldenaars van de onderhoudspllichtige, waaruit voor deze derde verplichtingen ontstaan.

¹⁵⁴ Vgl. DE LEVAL, G., *Traité des saisies*, Luik, P.U.L., 1988, 546, nr. 266 B (die deze werkzaamheid, in navolging van FETTWIS (A., o.c., *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1987, 217-224), toeschrijft aan «l'effet obligatoire du jugement»); VAN COMPENOLLE, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1987,

(115), 196, nr. 59; DIRIX, E. en BROECKX, K., *A.P.R.*, o.c., 101, nr. 168. De formulering van het cassatiearrest van 28 april 1989 (zie nr. 16) valt m.i. dan ook als vrij ongelukkig (in ieder geval té beperkt) te bestempelen.

¹⁵⁵ Zie artt. 86 en 432 (Ned.) W.Rv.

¹⁵⁶ H.R., 14 januari 1983, *N.J.*, 1983, nr. 267, noot HEEMSKERK, W.H.; OUDELAAR, H., *Civielrechtelijke executiegeschillen*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 314-317.

¹⁵⁷ Artt. 1122 *juncto* 1127 Ger.W.; DE LEVAL, G., o.c., Luik, P.U.L., 1988, 546, nr. 266, B; VAN COMPENOLLE, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1987, (115), 196, nr. 59.

¹⁵⁸ Geruime tijd werd dit aspect van werkzaamheid jegens derden verdoezeld door te poneren dat de rechtverkrijger in het geding dat op de uitspraak eindigde, vertegenwoordigd werd door zijn rechtsvoorganger (zie o.m. GARSONNET, E. en CEZAR-BRU, Ch., o.c., III, (1913), 413-418, nr. 705). Het ongerijmd van deze zienswijze spreekt voor zich: zolang de rechtsvoorganger leeft, heeft zijn (toekomstige) rechtverkrijger generlei recht, zodat laatstgenoemde de eerste ook geen last kan geven om hem te vertegenwoordigen (LE PAIGE, A., o.c., IV, 163, nr. 164; ROLAND, H., o.c., 117-118, nr. 88; anders: RUTSAERT, J., *R.P.D.B.*, Complément VI, o.c., 1983, 271, nr. 64; DE PAGE, H., o.c., III, (1967), 1032, nr. 975). Vgl. art. 67, lid 2, (Ned.) W.Rv.: «Onder partijen worden mede begrepen de rechtverkrijgenden onder algemene of bijzondere titel, tenzij uit de wet het tegendeel volgt».

¹⁵⁹ W. 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen (*B.S.*, 8 december 1989); het geciteerde artikel vormt, behoudens de vervanging van het woord «tegenwerpen» door «inroepen» een getrouwe kopie van art. 9, tweede lid, W. 1 juli 1956; vgl. met art. 89, § 1, tweede lid, W. 25 juni 1992 op de landverzekeringovereenkomst (*B.S.*, 20 augustus 1992), welke bepaling geïnspireerd is op voormelde wet (en de voorloper ervan; *Gedr.St.*, *Kamer*, 1990-91, nr. 1586/1, 80).

reeds in het cassatiearrest van 15 september 1966¹⁶⁰ ondubbelzinnig gesteld dat het gezag van gewijsde van een door een strafgerecht gewezen vonnis over de vordering van de burgerlijke partij niet steeds beperkt hoeft te zijn tot de partijen in het geding (inclusief de tussenkomende partij), t.a.v. wie de beslissing bindend verklaard is geweest), maar dat «dit gezag ook nog tot andere personen reikt, als de wet aldus beslist»¹⁶¹.

54. Deze enkele voorbeelden mogen duidelijk maken dat de werkzaamheid jegens derden van vonnissen en arresten een complex gegeven is, dat daarenboven geenszins uitsluitend door bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek wordt geregeerd. Naar mijn oordeel gaat het om een *conglomeraat van werkingen, waarvan de aard, de grondslag en de intensiteit onderling sterk verschillen*. Gemeenschappelijk aan al die aspecten is dat deze werkzaamheid zich steeds zal manifesteren hetzij tussen derden onderling, hetzij tussen een partij en een derde of een derde en een partij¹⁶². Deze werkzaamheid veruitwendigt zich m.a.w. steeds buiten de denkbeeldige cirkel die rond de gedingvoerende partijen kan worden getrokken.

De werkzaamheid jegens derden overspant een bijzonder breed terrein. Dit strekt zich, overigens naar analogie van hetgeen inzake conventionele rechtshandelingen veel eerder werd onderkend¹⁶³, uit van de meest stringente werking van een vonnis of arrest t.a.v. derden – het gebonden zijn van de derde aan een buiten hem tot stand gekomen uitspraak –, over een schemerzone¹⁶⁴ tot de minst intensieve

uiting ervan, nl. de verplichting van een ieder om het bestaan van ook buiten hem om gewezen gerechtelijke beslissingen, alsook de weerslag hiervan tussen de partijen, te erkennen. Laatstbedoeld aspect van de werkzaamheid jegens derden¹⁶⁵ zou ik willen bestempelen als de «(externe) tegenwerpbaarheid» (*l'opposabilité (de pur fait)*). Op dit facet en de hiermee nauw verbonden bewijsrechtelijke betekenis van een gerechtelijke uitspraak in een navolgend geding wordt hierna dieper ingegaan.

C. De (externe) tegenwerpbaarheid van een gerechtelijke uitspraak t.a.v. derden

55. Iets «tegenwerpen» wordt veelal omschreven als het opwerpen van een verweermiddel: «(iets) als een bedenking, bestrijding aanvoeren»¹⁶⁶ of nog «(être opposable) c'est être susceptible de se dresser face à autre chose comme une réalité secourable ou néfaste»¹⁶⁷. Dergelijke omschrijvingen zijn zowel te suggestief als te weinig precies. Daarenboven dreigt het begrip «tegenwerpbaarheid» hierdoor als een bewijsmiddel te worden gekwalificeerd, hetgeen het echter niet is¹⁶⁸.

In zijn opmerkelijk proefschrift, dat integraal gewijd was aan de rechtsfiguur van de tegenwerpbaarheid, definieerde José Duclos het begrip als «la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe»¹⁶⁹. Deze definitie beklemtoont dat tegenwerpbaarheid een autonome eigenschap is, die rechtsfeiten, (contractuele en jurisdictionele) rechtshandelingen, rechten – en meer algemeen – juridische situaties met elkaar gemeen hebben. Deze eigenschap

¹⁶⁰ Cass., 15 september 1966, *Arr. Cass.*, 1967, 63, *Pas.*, 1967, I, 59, *R.W.*, 1966-67, 1085; *J.T.*, 1966, 670.

¹⁶¹ Vgl. noot E.(rnest) K.(rings) sub Cass., 9 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 431, *Pas.*, 1978, I, 412.

¹⁶² De door mij aangenomen omschrijving sluit aan bij de door de Franse auteurs DUCLOS, J., *o.c.*, 21-31, nrs. 1-11 en 127, nr. 98, en TOMASIN, D., *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Parijs, L.G.D.J., 1975, 101, nr. 124, verdedigde opvattingen (zie ook LANDRAUD, D., «Une remise en ordre des notions d'autorité relative de la chose jugée et d'opposabilité en matière de nullité de marques», *J.C.P.*, 1986, I, 15.691). I.t.t. hen ben ik echter van oordeel dat het geen aanbeveling verdient het volledige pakket van uitingen van werkzaamheid jegens derden onder de noemer «tegenwerpbaarheid» (*l'opposabilité*) te schuiven (waarbij DUCLOS, J., *o.c.*, 127, nr. 98, en verwijzingen aldaar, weliswaar een onderscheid maakt tussen «opposabilité de pur fait/opposabilité objective» en «opposabilité à effet plus profond», om de gradaties aan te duiden; vgl. TOMASIN, D., *o.c.*, 95, nr. 115, en 101, nr. 124; BOYER, L., noot sub Angers, 15 oktober 1958, *J.C.P.*, 1959, II, 12.315; BOYER, L., *o.c.*, *Rev.trim.dr.civ.*, 1951, (163), 183, nr. 20, en 196, nr. 32; VINCENT, J., noot sub Kh. Angers, 4 december 1957, *D.*, 1958, (378), 384). Deze term wens ik voor te behouden ter betiteling van één enkel facet van de werkzaamheid jegens derden (zie infra).

¹⁶³ Zie o.m. DIRIX, E., *o.c.*, 1-318; KRUTHOF, R., «La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante dix années d'incertitude juridique», *R.C.J.B.*, 1980, 93-120; VAN GERVEN, W., *Beginnels van Belgisch privaatrecht (Algemeen Deel)*, Antwerpen, Standaard, 1969, 372-398, nrs. 119-126; DE PAGE, H., *o.c.*, I, (1962), 170-189, nrs. 117-123; concl. adv.-gen. DUMON, F. voor Cass., 3 november 1961, *J.T.*, 1961, 737. Zie ook boven, noot 75.

¹⁶⁴ Deze uitdrukking is afkomstig van DIRIX, E., *o.c.*, 17. Deze zone ligt volgens hem tussen de relativiteit van de overeenkomst en de gebondenheid eraan. Wat betreft gerechtelijke uitspraken liggen in deze schemerzone m.i. de bewijsrechtelijke betekenis van de uitspraak (vanzelfsprekend t.a.v. derden; *inter partes* speelt deze, gelet

op het gezag van gewijsde, geen rol), – zie infra, nrs. 58-61 – en de precedentenwerking (hoewel in ons land de regel geldt van de vrije oordeelsvorming van de rechter, hetgeen een formele binding aan de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges uitsluit, mag het bestaan van deze werking niet geïgnoreerd, noch onderschat worden).

¹⁶⁵ Gewagen van «derdenwerking» i.p.v. «werkzaamheid jegens derden» houdt m.i. het gevaar voor begripsverwarring in. Het eerste begrip wordt immers gebruikt wanneer men het heeft over *obligatoire* verhoudingen tussen contractanten en derden. Het tweede begrip omvat in de door mij verdedigde optiek veel meer aspecten.

¹⁶⁶ VAN DALE, *Groot Woordenboek der Nederlandse taal*, Tw. tegenwerpen, Antwerpen, van Dale Lexicografie, 1984. Vgl. ROBERT, P. m.m.v. REY, A. en REY-DEBOVE, J., *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française* (Le petit Robert), Parijs, Société du Nouveau Littre, 1978, V° *opposabilité*: «caractère d'un droit, d'un moyen de défense que son titulaire peut faire valoir contre un tiers».

¹⁶⁷ CALASTRENG, S., *La relativité des conventions. Etude de l'article 1165 du Code civil*, diss., Toulouse, 1939, 21.

¹⁶⁸ DUCLOS, J., *o.c.*, 28, nr. 6, en 136, nr. 109; SCHWAB, K.H., «Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft», *ZZP*, (77), 1964, (134), 140: «Das Anerkennen der Existenz eines Urteils besagt aber noch nichts darüber, ob ein Urteil auch bei der Prüfung der Rechtslage des Dritten Bedeutung erlangt»; anders: GRAULICH, P., *o.c.*, 190, nr. 164; WYLLEMAN, A., *o.c.*, *T.P.R.*, 1988, (33), 51, nr. 29. Het tegenwerpen van een uitspraak kan uiteindelijk wel als doel hebben t.a.v. hem aan wie ze wordt tegengeworpen, iets te bewijzen. Vooraleer de uitspraak deze bewijsrechtelijke betekenis kan verwerven, moet ze echter tegenwerpbaar zijn en tegengeworpen worden.

¹⁶⁹ DUCLOS, J., *o.c.*, 22, nr. 2-1. Een bespreking van dit werk door RAYNAUD, P., leest men in *Rev.trim.dr.civ.*, 1981, 469-471.

betreft niet de interne werking van de gerechtelijke uitspraak, zodat het betitelen van deze weerslag t.a.v. derden als «effet obligatoire» (zie nr. 22), uit den boze is¹⁷⁰. Het gaat daarentegen enkel om de verplichting in de persoon van derden om het bestaan van de uitspraak en de gevolgen die deze tussen de (gedingvoerende) partijen teweegbracht, te erkennen¹⁷¹. Degene die de uitspraak wil tegenwerpen, zal eventueel voorafgaandelijk wel het bewijs van het bestaan van de rechterlijke beslissing moeten leveren (zie nr. 20).

Op te merken valt dat in het positief recht het begrip «tegenwerpen» geen eenduidige inhoud heeft. Veelal wordt het begrip zelfs gebruikt om aan te geven dat ook degene aan wie de uitspraak kan worden tegengeworpen, door het gezag van gewijsde ervan gebonden is¹⁷². Deze verwarring vloeit voort uit een onvoldoende doorgedreven onderzoek naar de diverse aspecten van de werkzaamheid van een gerechtelijke uitspraak, hetgeen noodzakelijkerwijs resulteert in een gebrekkig begrippenapparaat.

56. Dat men, tot vóór enkele decennia, het inzicht miste dat «la relativité (de l'autorité de la chose jugée) des jugements ne les empêche pas de valoir comme des faits à l'égard des tiers»¹⁷³, kan verbazing wekken. Tegenwerpbaarheid is immers het gevolg van een eenvoudige maatschappelijke realiteit, nl. de onderlinge samenhang tussen en de afhan-

kelijkheid van de rechtssubjecten, met de hieraan inherente interactie¹⁷⁴.

Het bestaan ervan wordt in de eerste plaats gerechtvaardigd door het gezond verstand. Kenschetsend voor een vonnis of arrest is dat ze tot doel hebben een geschil te beslechten en langs die weg beogen de maatschappelijke vrede te herstellen¹⁷⁵. De rede vereist dat de weerslag van deze uitspraak zich zo ver mogelijk laat gevoelen. Indien zou worden aangenomen dat derden zich zonder meer kunnen verschuilen achter het betrekkelijk karakter van de rechterlijke beslissing — dat zij zelfs zouden kunnen staande houden dat die voor hen niet eens bestaat —, zou een loopje genomen worden met de talloze garanties waarmee het rechtspreken is omgeven.

Daarenboven heeft ieder rechtssysteem behoefte aan coherentie. Waar sinds geruime tijd eenparig door rechtsleer en rechtspraak aanvaard wordt dat contractuele rechtshandelingen aan derden kunnen worden tegengeworpen, valt niet in te zien waarom een dergelijke werkzaamheid aan gerechtelijke uitspraken zou worden ontzegd¹⁷⁶. Verder dient er ook een aanvaardbare, logische verklaring gegeven te worden voor het bestaan van het rechtsmiddel van derdenverzet. Reeds Naquet¹⁷⁷ wees erop dat de enige plausibele verklaring ligt in het feit dat ook derden door een buiten hen om gewezen rechterlijke beslissing konden worden benadeeld. Anders dan in de klassieke negentiende-eeuwse doctrine werd aangenomen, maakt het rechtsmiddel van derdenverzet geen doublure uit met de exceptie van gewijsde¹⁷⁸. Dit rechtsmiddel heeft tot doel de benadeling (in feite of in rechte) van derden door een uitspraak waaraan zij vreemd zijn gebleven, ongedaan te maken. Bij het succesvol aanwenden van dit rechtsmiddel zal minstens bewerkstelligd worden dat de uitspraak niet langer aan de derde kan worden tegengeworpen¹⁷⁹. Het zich louter beroepen op de exceptie van gewijsde zal daarentegen niet volstaan om aan de hinder of het nadeel dat de derde *in feite* ondervindt van de uitspraak, een halt toe te roepen.

¹⁷⁰ Eveneens in die zin: MOREAU-MARGRÈVE, I., «Principes généraux», in I.T.O.A.U. (red.), *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Brussel, Créadif, 1991, (9), 16, noot 13 aldaar: «(Fettweis) insiste sur l'importance de l'effet obligatoire de la décision à l'égard des tiers; à vrai dire, nous pensons qu'il serait utile de distinguer l'effet obligatoire de la décision pour les parties au litige, de l'opposabilité de la décision aux tiers»; DUCLOS, J., *o.c.*, 106, nr. 78; BOYER, L., noot sub Angers, 15 oktober 1958, *J.C.P.*, 1959, II, 13.315; ROLAND, H., *o.c.*, 154-156, nrs. 122-123, 177-180, nrs. 145-149, en 194-197, nrs. 164-168.

¹⁷¹ Vgl. FETTWEIS, A., *o.c.*, Luik, P.U.L., 1987, 266, nr. 358. Op de derde weegt derhalve een onthoudings- of neutraliteitsplicht (zie DIRIX, E., «De derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk: het einde van de controverse», noot sub Cass., 22 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 431, nr. 1. DUCLOS, J., *o.c.*, 23, nr. 2-3, omschrijft de voor het begrip tegenwerpbaarheid kenschetsende onrechtstreekse werking als «le devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte». Vgl. DE PAGE, H., *o.c.*, I, (1962), 172 e.v., nrs. 118-123. Tegenwerpbaarheid houdt, i.t.t. hetgeen RUTSAERT, J., *R.P.D.B.*, (Complément VI, 1983, V° *Chose jugée*, 282, nr. 119) schrijft, m.i. dan ook geen tempering in op de —qua subjecten— relatieve draagwijdte van het gezag van gewijsde.

¹⁷² Zie o.m. art. 89 Landverzekeringswet (vgl. art. 14 W.A.M., waarin sprake is van «inroepen»); artt. 1053, vierde lid, 1084, vierde lid, en 1135, vierde lid, Ger.W. Cass., 20 oktober 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 104: «Overwegende dat de vordering tot bindendverklaring van het arrest tot doel heeft de op de hoofdveroordeling uitgesproken beslissing tegenwerpelijk te maken aan de in tussenkomst opgeroepen verweerder, dat wil zeggen aan die beslissing, ten aanzien van deze laatste, gezag van gewijsde toe te kennen»; Cass., 18 oktober 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 221, nr. 119, *Pas.*, 1980, I, 223; Cass., 21 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 242, *Pas.*, 1978, I, 228; Cass., 18 november 1966, *Pas.*, 1967, I, 369; zie ook Cass., 29 mei 1975, *Pas.*, 1975, I, 934. Het begrip kreeg wel de door mij aangehouden inhoud in art. 331*decies* B.W. (zie nr. 57).

¹⁷³ Aldus RAYNAUD, P., «Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé», *Rev. trim.dr.civ.*, 1955, 715-716, nr. 3.

¹⁷⁴ De klassieke auteurs lieten hun ogen gesloten voor deze realiteit (vgl. DUCLOS, J., *o.c.*, 26, nr. 4, en de verwijzingen aldaar); LIEBMAN, E.T., *o.c.*, *ZZP*, (91), 1978, (449), 456; SPELLENBERG, U., *o.c.*, *ZZP*, (106), 1993, (283), 295-296.

¹⁷⁵ Zie o.m. FORIERS, P., «Considérations sur la preuve judiciaire», in PERELMAN, Ch. en FORIERS, P., *La preuve en droit*, Brussel, Bruylant, 1981, (315), 316. Daarom behoort een rechterlijke beslissing een bevredigend, bevrijdend en betrouwend oordeel te zijn (STORME, M., *Het proces: als in een spiegel*, Deventer, Kluwer, 1988, 28).

¹⁷⁶ Zie ook GOTHOT, P., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1975, (544), 554; FOYER, J., *o.c.*, 149 en 159; VAN COMPERNOLLE, J., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1984, (241), 247, nr. 12.

¹⁷⁷ Zie de verwijzingen in noot 11.

¹⁷⁸ Zie de verwijzingen bij LE PAIGE, A., *o.c.*, IV, 158, nr. 162; BELTIENS, G., *Encyclopédie du droit civil belge*, II (Code de procédure civile), Vol. II, Brussel, Bruylant, 1908, art. 474, nrs. 3, 3*bis* en 4; *R.P.D.B.*, V° *Tierce opposition*, 103-104, nrs. 11-13; WIERSMA, K., *o.c.*, 9 e.v., nr. 4.

¹⁷⁹ Het is m.i. dan ook zinvol dat art. 1130, eerste lid, Ger.W. als volgt zou worden herschreven: «Het toewijzen van het derdenverzet heeft tot gevolg dat de bestreden uitspraak niet langer t.a.v. degene die het rechtsmiddel heeft aangewend, kan worden tegengeworpen.»

Ten slotte moet de aandacht nog gevestigd worden op het bestaan van publiciteitsvoorschriften¹⁸⁰ waaraan bepaalde categorieën van gerechtelijke uitspraken onderworpen zijn¹⁸¹. Het doel van het voorschrijven van dergelijke formaliteiten is veelal derden over het bestaan van deze beslissingen te informeren, nu ze een potentieel grotere impact hebben in de rechtsordering. Deze voorschriften vormen een rem op de regel van de virtueel absolute tegenwerpbaarheid¹⁸². Het niet naleven ervan heeft de niet-tegenwerpbaarheid van de betrokken uitspraak tot gevolg.

57. In art. 331*decies* B.W., ingevoegd bij art. 38 W. 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming¹⁸³, heeft onze wetgever – m.i. voor het eerst, maar wellicht onbewust¹⁸⁴ – expliciet erkend dat gerechtelijke uitspraken virtueel jegens een ieder tegenwerpbaar zijn. Terwijl de eerste commentatoren¹⁸⁵ op het wetsontwerp uit de zinsnede «rechterlijke beslissingen inzake afstamming kunnen worden tegengeworpen zelfs aan personen die geen partij waren in het geding» het (ondubbelzinnig) opteren voor een absoluut gezag van gewijsde meenden te kunnen afleiden, werd deze stellingname naderhand terecht gecontesteerd¹⁸⁶. Enerzijds wordt immers door het benadrukken van het recht op derdenverzet van

hen die geen partij waren bij de uitspraak, duidelijk in de verf gezet dat deze uitspraken niet met een gezag van gewijsde *erga omnes* zijn bekleed. Anderzijds is, in het tweede lid van deze wetsbepaling, in afwijking van art. 811 Ger.W. voorzien in het desnoods ambtshalve bevelen van de tussenkomst van «alle belanghebbenden jegens wie (de rechtbank) oordeelt dat de beslissing mede moet gelden», teneinde hen aan het gezag van gewijsde van de te verlenen uitspraak te onderwerpen. *A contrario* dient hieruit besloten te worden dat t.a.v. derden de uitspraak niet met het gezag van gewijsde bekleed is: ze kan hun alleen maar worden tegengeworpen¹⁸⁷.

D. De bewijsrechtelijke betekenis van een gerechtelijke uitspraak t.a.v. derden

58. Zoals boven (nrs. 19-21) uiteengezet werd, behoort hier een onderscheid gemaakt te worden tussen het *instrumentum* en het *negotium*. De bewijswaarde die de uitspraak, als authentieke akte, heeft zowel jegens partijen als t.a.v. derden wordt hier niet ter discussie gesteld. In dezen kan nuttig verwezen worden (zie nr. 20).

Wel moeten er – gelet op de divergentie tussen de zienswijze van het Hof van Cassatie en de meerderheidsopvatting binnen de rechtsleer – twee punten ter discussie gesteld worden: (a) komt aan de rechtsprekende handeling (het *negotium*) al dan niet een bewijswaarde toe?; (b) wat is de aard van deze bewijswaarde: is ze vrij of – zoals door ons Hof van Cassatie wordt beslist – dwingend?

59. (a) Naar mijn oordeel verdient de op heden in de doctrine nog steeds verdedigde opvatting die elke bewijswaarde aan de rechtsprekende handeling ontzegt, geen bijval. Is het niet aberrant te moeten vaststellen dat een bewijs wel geleverd mag worden aan de hand van middelen van soms zeer twijfelachtig allooi (bv. getuigenverklaringen), terwijl aan het – na rijp beraad over feit en recht uitgesproken – oordeel van een onpartijdige derde zoals een rechter (aan wie daarenboven hoge eisen van kunde en betrouwbaarheid worden gesteld), niet de minste bewijswaarde zou toekomen? Zeer terecht wordt zowel in Nederland, Duitsland als Italië aanvaard dat een rechterlijke uitspraak in een tweede procedure kan dienen als bewijs voor de waarheid van de bij dat vonnis als vaststaand aangenomen feiten¹⁸⁸. Ons Hof van Cassatie heeft m.i. dan ook met recht aan ge-

¹⁸⁰ Zie over de diverse types van publikatievoorschriften en hun resp. doeleinden VAN GERVEN, W., o.c., *Algemeen deel*, 379 e.v., nrs. 121-122.

¹⁸¹ Zie o.m. art. 1396 B.W.; art. 3 *juncto*, art. 84 Hyp.W.; art. 1278, eerste lid, Ger.W.; artt. 1304, eerste lid, 1306, eerste lid, en 1310, vijfde lid, Ger.W.; art. 10, § 4, *juncto* art. 12, § 1, 5°, Venn.W.; art. 13*quater*, § 1, derde lid, en § 2, Venn.W.

¹⁸² Zie over deze regel o.m. VINCENT, J. en GUINCHARD, S., o.c., 120, nr. 89; PERROT, R. en FRICERO, N., *Juris-Classes Procédure civile*, Parijs, Editions Techniques, 1992, Fasc. 554, V° *Autorité de la chose jugée*, nr. 150; TOMASIN, D., o.c., 76 e.v., nrs. 93 e.v.

¹⁸³ B.S., 27 mei 1987.

¹⁸⁴ Art. 311-10 D.civ.fr., kan alvast het vaderschap van art. 331*decies* B.W. niet loochenen. Onze wettekst is zonder meer een kopie van die in 1972 tot stand gekomen Franse wet. Uit de wordingsgeschiedenis van deze laatste (zie COLOMBET, C., FOYER, J., HUET-WEILLER, D. en LABRUSSE-RIOU, C., *La filiation légitime et naturelle*, Parijs, Dalloz, 1973, nrs. 69-81) blijkt de oorspronkelijke tekst («les jugements rendus en matière de filiation ont autorité à l'égard des tiers»), op een amendement van de verslaggever FOYER, gewijzigd te zijn in «les jugements... sont opposables à l'égard des tiers». Met TOMASIN, D., o.c., 70, nr. 84, ben ik van oordeel dat «derrière cette transformation de terminologie, qui pourrait paraître anodine, c'est une remise en cause de l'analyse doctrinale classique que le législateur a réalisé».

¹⁸⁵ Zie o.m. MEULDERS-KLEIN, M.-Th., «La réforme du droit de la filiation en Belgique», *Rev. Trim.Dr.Fam.*, 1979 (5), 46, nr. 77; «Les actions relatives à la filiation: aspects de droit judiciaire», in *AnnFac.Dr.Louvain*, 1979, (215), 234, nr. 23. Deze stellingname werd na het van kracht worden van de wet door meerdere auteurs onderschreven (PANIER, Chr., «Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation», in *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 1988, (77), 122, nr. 71; DALCO, J., «La réforme du droit de la filiation», *J.T.*, 1987, (393), 400, nr. 37; VAN SLYCKEN, L., «Het nieuwe afstammings- en adoptierecht: een evolutie of een revolutie?», *R.W.*, 1987-88, (345), 348; WYLLEMAN, A., o.c., *T.P.R.*, 1988, (33), 51, nr. 28, noot 24 aldaar.

¹⁸⁶ Zie o.m. BAETEMAN, G., o.c., 120, nr. 200; HEYVAERT, G., *Artikelsgewijze Commentaar Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., art. 331*decies*, nr. 5 *in fine*; DE PAGE, H., bewerkt door MASSON, J.-P., o.c., II, vol. I, (1990), 110-111, nr. 98.

¹⁸⁷ Vgl. DUCLOS, J., o.c., 269, nr. 236 *in fine*.

¹⁸⁸ Zie o.m. ANEMA, A. en VERDAM, P.J., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1953, 376-378; WIERSMA, K., o.c., 201-205; VEEGENS, D.J., *Het gezag van gewijsde*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1972, 49, § 18; PITLO, A., bewerkt door HIDMA, T.R., *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, IV, *Bewijs en Verjaring*, Arnhem, Gouda Quint, 1981, 116; DIJKSTERHUIS-WIETEN, H.L.G., *Waar of niet waar? Inleiding tot het bewijsrecht in civiele zaken*, Deventer, Kluwer, 1983, 80, § 4; *Bewijsrecht in civiele procedures*, Kluwer, Deventer, 1988, 90; HUGENHOLTZ, W., bewerkt door HEEMSKERK, W.H., o.c., 106, nr. 96; SCHWAB, K.H., o.c., *ZZP*, (77), 1964, (124), 130; ROSENBERG, L. en SCHWAB, K.H., *Zivilprozeßrecht*, München, C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1981, 946, § 157, II; HASEMEYER, L., «Drittinteressen im Zivilprozeß», *ZZP*, (101), 1988, 385-412; BAUR, F., *Zivilprozeßrecht*, Frankfurt am Main, A. Metzner, 1982, 184-185, nrs. 204-205. Zie ook de verwijzingen naar de jurisprudentie van de hoogste rechtscolleges bij deze auteurs.

rechtelijke uitspraken een bewijswaarde jegens derden toegekend, maar heeft deze verkeerdelijk als dwingend gekwalificeerd (zie *infra*, nr. 60). De kritiek van de rechtsleer op de door het Hof gehanteerde terminologie moet wellicht worden verklaard vanuit een onwillekeurige – door de plaats die het begrip gezag van gewijsde nog steeds inneemt in art. 1350 B.W., gevoede – verwarring tussen deze bewijzende werking en het gezag van gewijsde.

Nochtans heeft de bewijsrechtelijke betekenis van het vonnis met dit laatste begrip niets uitstaande. Het zal er dus niets toe doen of in de tweede procedure al dan niet hetzelfde geschilpunt (*question litigieuse*) aan de orde is. Evenmin is het van belang of het tweede geding tussen dezelfde partijen wordt gevoerd, al zal wel meestal één der partijen ook partij in de vroegere procedure geweest zijn¹⁸⁹.

60. (b) I.t.t. de zienswijze van ons Hof van Cassatie ben ik ervan overtuigd dat de bewijswaarde die een eerder gewezen gerechtelijke beslissing t.a.v. derden kan worden toegekend, nooit dwingend maar daarentegen steeds *vrij* moet zijn¹⁹⁰. Het kan m.a.w. niet gaan om een (*juris tantum*) wetelijk vermoeden, maar slechts om een feitelijk – uit zijn aard altijd weerlegbaar – vermoeden¹⁹¹. De grondslag voor en de verantwoording van deze stellingname ligt in het respect dat verschuldigd is aan de boven besproken (zie nrs. 32-34) algemene rechtsbeginselen. Liebman vat het zeer pertinent als volgt samen: «Von grundlegender Bedeutung ist in der Tat der Unterschied zwischen der Stellung der Parteien und derjenigen von Drittpersonen in bezug auf das Urteil: Die Ersterwähnten haben am Prozeß teilgenommen (oder konnten es tun, sofern sie wollten), hatten die Möglichkeit, ihre Gründe vorzubringen und mit ihrer Tätigkeit und ihren Beweisen zur Vorbereitung des Urteils, zur Schaffung der faktischen und rechtlichen Grundlage, die den Richter zur Bildung seiner Entscheidung geführt hat, beizutragen. Von all dem sind die Drittpersonen ausgeschlossen geblieben. (...). Der Dritte, (...), kann in jedem Moment und bei jedem neuen Prozeß beweisen, daß das Urteil falsch ist, und daran kann er nicht gehindert werden»¹⁹². De ernst waarmee een rechter zich van zijn taak kwijt, mag m.a.w. niet doen vergeten dat het voor hem gevoerde debat principieel uitsluitend gevoerd wordt door gegevens die hem door of via de gedingvoerende partijen zijn verstrekt.

De vrije bewijswaardering van een op een eerder gewezen uitspraak gebaseerd bewijsmiddel doet zich eveneens gelden nu de (eerste) rechter niet steeds bij machte is de voor hem aangevoerde feiten en bewijsmiddelen daadwerkelijk op hun waarde te beoordelen: de bewijswaarde van een verstekvonnis in een navolgend geding zal veeleer gering zijn; die van

een vonnis gewezen na een uitvoerig debat zal redelijkerwijs veel groter zijn. Daartussen zijn er nog vele schakeringen, telkens door de tweede rechter van geval tot geval te beoordelen¹⁹³.

61. Steun voor onze zienswijze kan daarenboven gevonden worden in een cassatiearrest van 17 december 1960¹⁹⁴. Weliswaar betrof dit het spiegelbeeld van de hierboven beschreven situatie. Het (eerder gewezen) vonnis werd hier niet door een van de erbij betrokken partijen aangevoerd ter staving van haar aanspraken, maar wel door de derde. Dit onderscheid is m.i. niet relevant, nu in beide gevallen een van de thans in het geding zijnde partijen, geen partij was bij de ingeroepen uitspraak¹⁹⁵.

In een op 6 oktober 1945 gesloten overeenkomst tussen de heer L. en notaris P., verbond eerstgenoemde zich om ten gunste van de notaris of diens rechthebbenden bepaalde sommen te betalen ter vergelding van het neerleggen door notaris P. van diens ambt ten gunste van de heer L. Na verloop van een aantal jaren staakte notaris L. de overeengekomen betalingen. Hij werd in rechte aangesproken door de zoon van de voormalige notaris. In dit geding voerde L. aan dat de overeenkomst nietig was, daar zij in strijd zou zijn met de openbare orde. Het Brusselse hof van beroep volgde in zijn arrest van 29 september 1954 de stelling van de heer L. en wees de vordering tot betaling als onontvankelijk af.

Naderhand beriep de administratie der Directe Belastingen zich t.a.v. de heer L. op dit arrest, om de aftrek als bedrijfslast door laatstgenoemde van de in de uitvoering van voormelde overeenkomst (tot 1950) betaalde sommen, te verwerpen. Dit fiscaal geschil werd eveneens berecht voor het Brusselse hof van beroep. In zijn door de voorziening in cassatie bestreden arrest van 5 juni 1959 oordeelde het hof dat de heer L., gelet op de inhoud van het arrest van 29 september 1954, «niet geldig kan beweren dat de door hem ter uitvoering van de overeenkomst gestorte sommen, de koopprijs van het notarisprotocol van zijn voorganger uitmaken».

In het cassatiemiddel werd dit arrest o.m. een schending van het toenmalig art. 1351 B.W. (thans art. 23 Ger.W.) verweten, nu bij «behoorlijk vastgestelde afwezigheid van identiteit van oorzaak en partijen, het bestreden arrest zich niet kan beroepen op het gezag van gewijsde van het arrest van 29 september 1954 om aan aanlegger (L.) het recht te ontzeggen in het fiscaal geding te doen gelden dat hij de koopprijs van het notarisprotocol van zijn voorganger betaald had of dat geen enkele prijs bepaald werd voor het verkrijgen van het ontslag van zijn voorganger (...)».

Het Hof van Cassatie overweegt hierop in de eerste plaats dat, zelfs wanneer oorzaak en partijen niet geheel dezelfde waren, een rechterlijke beslissing om een feit bewezen te verklaren, kan steunen op de bewijskracht (lees: bewijswaarde) van een vonnis gewezen in een geding waarin hij, tegen wie het wordt aangevoerd, partij was. De volgende overweging van het Hof bevestigt de door mij verdedigde stelling: «dat het bestreden arrest aanlegger niet onontvan-

¹⁸⁹ Vgl. ANEMA, A. en VERDAM, P.J., o.c., V, 376-377. Als de procespartijen in het eerste en tweede geding dezelfde zijn, is niet het begrip bewijswaarde aan de orde, wel het begrip gezag van gewijsde.

¹⁹⁰ *Anders*: de boven besproken cassatiearresten (zie nrs. 6-16); de op heden in Frankrijk verdedigde opvattingen (zie o.m. DUCLOS, J., o.c., 120-121, nr. 93) staan eveneens haaks op de door mij ingenomen stellingname.

¹⁹¹ In die zin o.m. ANEMA, A. en VERDAM, P.J., o.c., 376-377; VEEGENS, D.J., o.c., 49, § 18 en verwijzingen naar de jurisprudentie van de Hoge Raad aldaar; PITLO, A., bewerkt door HIDMA, T.R., o.c., 116; INGELSE, P., «De werking van rechterlijke uitspraken jegens derden», *NJB*, 1982, (65), 69.

¹⁹² LIEBMAN, E.T., o.c., *ZZP*, (91), 1978, (449), 456-457.

¹⁹³ Vgl. ANEMA, A. en VERDAM, P.J., o.c., 377.

¹⁹⁴ Cass., 17 december 1960, *Arr.Cass.*, 1961, 383, *Pas.*, 1961, I, 428.

¹⁹⁵ *Anders*: BOYER, L., noot sub Angers, 15 oktober 1958, *J.C.P.*, II, 13.315; TOMASIN, D., o.c., 79, nr. 97.

kelijk verklaart om wegens een vorige uitspraak een stelling te verdedigen die tegen zijn vorige indruist, maar beslist dat aanlegger *het op hem rustende bewijs niet geleverd heeft*» (eigen curs.)¹⁹⁶.

E. Weerslag t.a.v. het rechtsmiddel van derdenverzet

62. De vaststelling dat aan een gerechtelijke beslissing, die in een navolgend geding (tegen derden t.a.v. die uitspraak) als bewijsmiddel wordt aangewend, slechts de waarde van een feitelijk vermoeden kan worden toegekend, heeft uiteraard zijn weerslag op het al dan niet verplicht karakter van het aanwenden van het rechtsmiddel van derdenverzet.

Als regel kan m.i. gesteld worden dat het derdenverzet nimmer obligatoir is. Dit geldt ook indien men rechtstreeks datgene wat in de eerder gewezen uitspraak is beslist, tegen spreekt. Tegenover een derde t.a.v. die uitspraak levert deze immers slechts een feitelijk vermoeden op, dat aan de vrije appreciatie van de tweede rechter wordt overgelaten. De derde kan, zonder derdenverzet te hoeven aantekenen, dit vermoeden ontcrachten, bv. door het aanbrengen van elementen die het tegenbewijs leveren. Deze regel strookt met hetgeen thans verwoord is in art. 1124 Ger.W.: «Het niet instellen van het derdenverzet brengt voor de derde geen verlies mede van de hem toebehorende rechten, rechtsvoorwaarden en excepties.»

63. Het aanwenden van derdenverzet zal m.i. slechts *uitzonderlijk*¹⁹⁷ verplicht zijn.

Dit zal allereerst het geval zijn wanneer de derde in feite nadeel ondervindt van de buiten hem om tot stand gekomen uitspraak. In een dergelijk geval zal een afwachter, passieve houding van de derde uiteraard deze hinder niet kun-

nen doen ophouden. Veelal zal alleen een derdenverzet hier soelaas kunnen brengen. Wanneer de wet evenwel (daarnaast) in een specifieke autonome procedure voorziet (bv. revindicatie ex art. 1514 Ger.W.), kan de derde voor deze weg opteren (al dan niet in combinatie met een derdenverzet)¹⁹⁸.

Derdenverzet zal noodzakelijk zijn wanneer de gezamenlijke tenuitvoerlegging van de eerste uitspraak en hetgeen mogelijk in het navolgend geding zal worden beslist, materieel onmogelijk zal blijken te zijn. Het niet instellen van het rechtsmiddel zou dan immers tot gevolg hebben dat er een tweede uitspraak tot stand komt, zonder dat de eerste (*erga omnes*) vernietigd is. Ter vermijding van dergelijke conflicten — die anders dan louter tegenstrijdige uitspraken wel maatschappelijke onrust kunnen veroorzaken — kan alleen derdenverzet een oplossing bieden.

Ten slotte zal derdenverzet eveneens obligatoir zijn, wanneer de derde gebruik wenst te maken van de mogelijkheid die art. 1127 Ger.W. hem biedt om de beslagrechter te vorderen de gehele of gedeeltelijke opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing uit te spreken

V. BESLUIT

64. Met dit preadvies hoop ik een aanzet te hebben gegeven tot een herbezinning over de werking van gerechtelijke uitspraken jegens derden. Deze is noodzakelijk, nu de thans gangbare opvattingen onverzoenbaar zijn met een aantal elementaire beginselen van gerechtelijk privaatrecht (nrs. 29-43). De ingenomen standpunten (nrs. 50-61) beogen — uitgaande van de oude wijsheid dat geen enkele menselijke activiteit onfeilbaar is — de zware last die op de schouders van de magistratuur weegt, enigszins te verlichten. Bestaat het drama van de rechter er immers niet in «de devoir tout trancher sans pouvoir tout connaître»?¹⁹⁹

Piet TAELEMAN
Assistent U.G.

¹⁹⁶ Zie ook de toelichting op dit arrest van MAHAUX, P., o.c., R.W., 1971-72, (105), 120-121. Indien de door mij verdedigde stelling wordt onderschreven, is dit een bijkomende reden om de in het Anca-arrest aangenomen striktere voorwaarde (de vordering tot schadeloosstelling tegen de Staat is in de regel slechts ontvankelijk als de litigieuze handeling «bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen is wegens schending van een gevestigde rechtsnorm en derhalve geen gezag van gewijsde meer heeft») waaronder een aansprakelijkheidsvordering tegen de Staat kan worden ingeleid, ter discussie te stellen. Zie ook de kritische beschouwingen bij deze cruciale overweging uit het Anca-arrest bij VAN OEVELEN, A., «De aansprakelijkheid van de Staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991», R.W., 1992-93, (377), 382-387, nrs. 18-24.

¹⁹⁷ Hetgeen beter aansluit bij het karakter van buitengewoon rechtsmiddel.

¹⁹⁸ Bergen, 20 april 1978, Pas., 1978, II, 79; STRANART, A.-M., «Saisie-mobilière: tierce-opposition ou action en distraction?», noot sub Rb. Antwerpen, beslagr., 9 maart 1987, Rechtspr. Antw., 1988, (146), 153-154, nr. 7; VAN COMPERNOLLE, J., o.c., R.C.J.B., 1987, (115), 196, nr. 59; GUTT, E., en STRANART, A.-M., «Examen de jurisprudence — Droit judiciaire privé», R.C.J.B., 1974, 636, nr. 119; DUCLOS, J., o.c., 121, nr. 93. Anders: Rb. Antwerpen, beslagr., 9 maart 1987, Rechtspr. Antw., 1988, 140.

¹⁹⁹ CORNU, G., *L'administration des preuves*, Rapport au Xème Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Poitiers, 1975.

SOCIALE-ZEKERHEIDSRECHT EN RECHTS(ON)ZEKERHEID, RECHT EN SOCIALE (ON)ZEKERHEID *

Volgens Van Dales Groot Nederlands Woordenboek heeft de term «zekerheid» in het algemeen de betekenis van gewisheid, d.w.z. de eigenschap of toestand die kan worden toegeschreven aan iets waaraan niet te twijfelen valt of aan een persoon met een vaste overtuiging. Rechtszekerheid duidt dan op de zekerheid waar men met betrekking tot het recht aan toe is. Zij is even beschermenswaardig als de zekerheid zelf, omdat zonder rechtszekerheid geen zekerheid kan bestaan. Rechtszekerheid moet als fundamenteel en relatief bestanddeel van het recht worden afgewogen tegen andere fundamentele waarden als gelijkheid, rechtvaardigheid en doelmatigheid ².

Als deelbetekenis is zekerheid volgens Van Dale synoniem met veiligheid, d.i. de toestand van een zaak of persoon die (gewis) buiten gevaar verkeert of beveiligd is tegen verlies. In die zin wordt de «sociale zekerheid» gedefinieerd als de toestand waarbij voor allen de bezorgdheid over gebrek wordt uitgesloten ³.

In de wetenschappelijke literatuur heerst in dezen een rijke verscheidenheid. J. Viaene en anderen omschrijven de sociale zekerheid als een permanente opgang naar een zo hoog mogelijk niveau van bescherming tegen menselijke schade aan het individu en aan degenen die het individu gereflecteerde schade kunnen doorgeven ⁴. Deze auteurs wijzen erop dat menselijke schade optreedt, zodra het normale proces naar het verval wordt versneld, en dat zij niet alleen bestaat in het verlies van arbeidsinkomen, maar tevens in de gezondheidsschade, d.i. de hinder die de «beschadigde» mens ontmoet bij zijn omgang met de medemens en de dingen ⁵. Door sociale zekerheid te beschouwen als de toestand van optimale bescherming tegen collectief erkende en aan, afhankelijk van tijd en plaats, bepaalde oorzaken te wijten menselijke schade, beogen anderen het uitdijende sociale-

zekerheidsbegrip om te zetten in een voor beleid en onderzoek makkelijker hanteerbaar concept ⁶.

Naast die recente toestandsdefinities wordt aan de term «sociale zekerheid» zeer vaak, bijvoorbeeld steeds door onze wetgever, een instrumentele betekenis gehecht. «Sociale zekerheid» duidt dan op het geheel van instellingen en regelingen die dienen om de toestand van sociale zekerheid te bereiken, waarvan de globale uitwerking zelden in kaart wordt gebracht en die niet allemaal worden beheerst door de traditioneel tot het sociale-zekerheidsrecht gerekende wetten. De term «sociale zekerheid» wordt in een beperktere zin nog vaak gebruikt als verzamelnaam voor de sociale verzekeringen tegen een lijst van erkende sociale risico's of om het geheel van sociale verzekeringen en sociale bijstand aan te duiden. Om verwarring te voorkomen wendden sommigen opnieuw de term «sociale verzekeringen» aan en introduceren anderen het begrip «sociale bescherming» als verzamelnaam ⁷.

De mens zal slechts echt (sociaal) zeker zijn, als het objectieve of uitwendige en het subjectieve of inwendige aspect van de zekerheid met elkaar in evenwicht zijn en hij met andere woorden niet alleen veilig is, maar zich ook veilig voelt. Dat is slechts het geval, wanneer een vertrouwensrelatie ontstaat ten opzichte van de derden of de autonome secundaire systemen waarop het individu noodgedwongen een beroep doet of meent te moeten doen voor het vrijwaren van zijn eigen veiligheid ⁸.

In dit preadvies wordt allereerst onderzocht in hoeverre het sociale-zekerheidsrecht rechtszekerheid biedt en wordt vervolgens nagegaan of door het sociale-zekerheidsrecht ingezette instrumenten en aangewende technieken sociale zekerheid verschaffen. Het bestek van deze bijdrage biedt slechts ruimte voor een globaal, overigens nog leemten vertonend overzicht. Voor een grondigere benadering van een aantal deelaspecten en voor een wetenschappelijke omschrijving van een aantal gebruikte begrippen kan de lezer worden verwezen naar de in voetnoten aangehaalde werken, al kan daaromtrent geen volledigheid worden nagestreefd. Met het oog op het komende congres van de Vlaamse Juristenvereniging wordt dit rapport niet afgesloten met de klassieke conclusie, maar met een aantal uitspraken en vraagstellingen die in eerste instantie aan de sessiedeelnemers zijn gericht.

* De auteur wenst de collegae K. Leus, A. Van Regenmortel en J. Vermunt te danken voor de informatie en documenten die hij mocht ontvangen.

² GEELHAND, N., «Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1989, 938-941; ROEVENS, A., «De rechtszekerheid, de billijkheid en de goede trouw, grondpijlers van het recht», in *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 238.

³ De wetgever gebruikte vroeger zelf de term «veiligheid» (Besl. W. 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke veiligheid der arbeiders, *B.S.*, 30 december 1944; Besl. W. 7 februari 1945 betreffende de maatschappelijke veiligheid van de zeelieden ter koopvaardij, *B.S.*, 27 februari 1945).

⁴ Zij pleiten ervoor dat de verhoogde kinderbijslag voor invalide kinderen beter de reflecterende schade zou dekken en bijvoorbeeld aan de ouders die de zorg voor ernstig gehandicapte kinderen dragen, een regelmatig betaalde vakantie zou bieden.

⁵ VIAENE, J., e.a., «Een nieuw begrippenkader voor de hervorming van de sociale zekerheid», *Actuele uitdagingen voor de sociale zekerheid*, Brugge, Die Keure, 1990, 120 pp.

⁶ BOOS, C., GELEIJNSE, L., MUFFELS, R., BERGHMAN, J., *Omvang van de sociale zekerheid. Voorstudie*, Tilburg, KUB, 1991, 44.

⁷ BOOS, C., GELEIJNSE, L., MUFFELS, R., BERGHMAN, J., o.c., 146 pp.

⁸ VAN REGENMORTEL, A., *Voorkoming en verzekering*, Antwerpen, Maklu, 1991, 8-14.

I. SOCIALE-ZEKERHEIDRECHT EN RECHTS(ON)ZEKERHEID

Het sociale-zekerheidsrecht verdient slechts met het predikaat «rechtszeker» te worden geassocieerd, in zoverre het het rechtssubject in staat stelt, enerzijds, zijn rechten en plichten te kennen op ondubbelzinnige wijze en zonder dat de betekenis en de draagwijdte van de normen afhangen van andere onzekere factoren en, anderzijds, erop te vertrouwen dat de aldus aangekondigde gevolgen ook daadwerkelijk intreden. Het kan derhalve slechts worden betreurd dat sommige wets- of verordeningbepalingen de Koning of de minister toestaan een wettelijke regeling of reglementering onwerkbaar te maken en aldus het legitieme verwachtingspatroon van het rechtssubject te verstoren⁹.

Naarmate de kenbaarheid en de betrouwbaarheid van de sociale-zekerheidswetgeving en de administratieve beslissingen van de sociale-zekerheidsinstellingen te wensen overlaten, groeit de praktische betekenis van de afdwingbaarheid van het sociale-zekerheidsrecht door een onafhankelijke, onpartijdige en deskundige rechter die de wetgever met bijzondere maatregelen makkelijker bereikbaar poogt te maken¹⁰. De wijze waarop de wetgever soms poogt geschillen aan de rechterlijke macht te onttrekken of waarop de administratie na een rechterlijke uitspraak het gelijk alsnog naar haar kant trekt, doet wel eens vragen rijzen vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid. In deze bijdrage kan slechts de aandacht erop worden gevestigd dat, in zoverre de rechtzoekenden niet uit de middelen van de overheid of de sociale-zekerheidsregelingen kunnen putten om te procederen, de rechtsplegingsvergoedingen lager zijn dan in andere burgerlijke procedures¹¹.

A. Sociale-zekerheidswetgeving

Hierna worden de kenbaarheid en de betrouwbaarheid van de sociale-zekerheidswetgeving ter discussie gesteld¹². De informatiefunctie van de sociale zekerheid is nochtans

van fundamentele betekenis, omdat zij raakt aan het bereiken van haar doel dat bestaat in het verschaffen van een gevoel van sociale zekerheid¹³. Anderzijds doen de enorme diversiteit aan aanvullende sociale voorzieningen en organisaties in de particuliere sector en buitenlandse voorbeelden vermoeden dat de regelgeving op het vlak van de sociale zekerheid niet eenvoudiger zal worden bij terugtrek van de overheid¹⁴. Privatisering van de sociale zekerheid garandeert ook geen waterdichte betrouwbaarheid. Verzwijging kan leiden tot de retroactieve ongeldigheid van het verzekeringscontract. Verzwaring van risico's kent de verzekeraar het recht toe nieuwe tarieven op te leggen of zelfs contracten te ontbinden¹⁵.

1° Kenbaarheid van de sociale-zekerheidswetgeving

Zoals hierna wordt uiteengezet, vertoont de sociale-zekerheidswetgeving ten gevolge van haar complexiteit, haar gebrek aan voldoende stabiliteit en haar ontoereikende bekendmaking zelfs voor de beter opgeleide of gevormde rechtzoekende een zeer geringe toegankelijkheid die onvoldoende wordt gecompenseerd door de bijzondere wetsbepalingen¹⁶ en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die aan de sociale-zekerheidsinstellingen een informatie- en bijstandsverplichting opleggen, maar de rechtzoekende bijvoorbeeld nog opzadelen met de last te bewijzen dat hem informatie is geweigerd of hem foutieve informatie is gegeven en dat hij daardoor schade heeft geleden, of hem niet ervan ontslaan zich nogmaals, dit keer tot de bevoegde overheid te wenden¹⁷.

Het is niet alleen met het oog op een grotere preventieve rechtsbescherming geboden dat de wetgever een uitdrukkelijke en algemene resultaatsverbintenis tot het verstrekken van informatie en het verlenen van bijstand invoert en met afdoende remedies, zoals de toekenning van voorschotten en de beperking van terugvorderingen, sanctioneert¹⁸. In navolging van de Europese verordeningen inzake de sociale zekerheid van grensoverschrijdende personen dient aan de sociale-zekerheidsinstellingen en andere overheden de verplichting te worden opgelegd aan een verkeerde instelling

⁹ SCHELTEMA, M., "Enkele gedachten over het vertrouwensbeginsel in het publiekrecht", *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1984, 538; VAN DAMME, M., "Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel" in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, OPDEBEEK, I. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1992, nrs. 1 en 82. Als concreet, eigenaardig genoeg om andere redenen niet te bereuen voorbeeld kan artikel 30quater van de RSZ-Wet worden genoemd.

¹⁰ Zie WERQUIN, T., «Etendue et limites des pouvoirs du juge dans le contentieux de la sécurité sociale», *J.T.T.*, 1993, 337-347; VEROUGSTRATE, W., «Problemen van sociaal procesrecht. Voorstellen tot oplossing», *Sociale zekerheid en andere rechtstakken*, II, Brusel, Larrier, 1979, 191-206.

¹¹ Voor meer algemene benaderingen van de rechtszekerheid «door en over de jurisprudentie» wordt verwezen naar het preadvies van P. TAELEMAN en naar PERSYN, C., «De informatieplicht en de verhouding administratie/burger», in *Actuele uitdagingen voor de sociale zekerheid*, Brugge, Die Keure, 1990, II, 41-43.

¹² Zo kan niemand volhouden dat een klaar en duidelijk antwoord kan worden gegeven op de vraag welke activiteiten een werkloze ongestraft mag uitoefenen. Hetzelfde geldt voor de criteria inzake de passende arbeid, terwijl de werkloze meestal in een paar minuten moet beslissen of hij de aangeboden betrekking aanvaardt (PERSYN, C., «De informatieplicht en de verhouding administratie/burger», 31; VAN LANGENDONCK, J., e.a., «Aanpassingen van het in-

stitutioneel en juridisch kader», *De werkloosheidsverzekering in de jaren negentig*, Leuven, Universitaire Pers, 1992, 391).

¹³ VAN LANGENDONCK, J., «Het informatieprobleem in de sociale zekerheid», 464.

¹⁴ VAN LANGENDONCK, J., «Privatiseringstendenzen in de sociale zekerheid», *B.T.S.Z.*, 1989, 48-49.

¹⁵ VIRET, B., «Assurances privées et protections complémentaires en matière de sécurité sociale», *Complementary Protection in Social Security*, EISS Yearbook 1990, Leuven, Acco, 1991, 88-93.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld art. 20 Sociaal Statuut Zelfstandigen, art. 3 Reclasseringswet Minder-validen, art. 24, K.B. 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering, *B.S.*, 31 december 1991 en art. 60 O.C.M.W.-Wet.

¹⁷ SIMOENS, D., «De informatieplicht als beginsel van behoorlijk bestuur in de Belgische rechtspraak over sociale zekerheid», *Sociaal en zeker*, Deventer, Kluwer, 1986, 483-488; VAN LANGENDONCK, J., «Het informatieprobleem in de sociale zekerheid», *Sociaal en zeker*, Deventer, Kluwer, 1986, 452-454.

¹⁸ OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1992, 73; PERSYN, C., «De informatieplicht en de verhouding administratie/burger», 38-39; VAN LANGENDONCK, J., «Het informatieprobleem in de sociale zekerheid», 456.

gerichte verzoeken om inlichtingen of aanvragen om prestaties onverwijld aan de bevoegde instelling door te sturen. De datum waarop een verzoek bij een niet-bevoegde instelling is ingediend, moet bepalen of de voorgeschreven termijn is nageleefd. Beslissingen tot toekenning of weigering van prestaties dienen steeds melding te maken van de mogelijkheid om voor de bevoegde rechtbank een voorziening in te stellen, de termijn waarin en de wijze waarop dat moet gebeuren en het adres van de bevoegde rechtbank of instantie, alsmede van de mogelijkheid om opheldering te verkrijgen omtrent de beslissing bij de dienst die het dossier beheert of bij een aangewezen voorlichtingsdienst ¹⁹.

a. Complexiteit van de sociale-zekerheidswetgeving

Diverse factoren liggen aan het complexe karakter van de sociale-zekerheidswetgeving ten grondslag.

In de welvaartsstaat wordt de wetgeving aangewend als een bestuursinstrument waarmee wordt gepoogd het geplande beleid onder meer op het domein van de sociale zekerheid te realiseren. Ofschoon een flexibel beleid vaak noodzakelijk is en niet alle normen bij de wet kunnen worden vastgesteld, treedt de wetgever in formele zin te sterk en niet zozeer volgens wel uitgestippelde beleidskundige criteria, maar veeleer op grond van willekeurige of toevallige overwegingen als actor in dat wetgevingsproces terug ²⁰. Aldus ontstaan gecompliceerde regelketens waarin het gevaar voor incoherentie, onzekerheid en tegenstrijdigheden permanent aanwezig is en waarvan het aantal hiërarchische trappen overigens nog toeneemt ten gevolge van de internationalisering van het sociale-zekerheidsrecht en van de staatshervorming ²¹.

Ten behoeve van de democratische legitimatie en van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid moet dringend de heerschappij van de wet in het domein van de sociale zekerheid worden hersteld. Hoewel meer onderzoek daaromtrent vereist is, dient mijns inziens een grondwettelijk legaliteitsprincipe op het vlak van de sociale zekerheid te worden ingevoerd ²².

¹⁹ Cf. wetsvoorstel tot invoering van het «handvest» van de sociaal verzekerde, *Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 353/2.

²⁰ Het voorontwerp van wetboek van de Commissie-Dilemans lijkt ondanks de geleverde inspanningen in dezen niet zomaar model te kunnen staan (PERSYN, C., «Institutionele aspecten en toekenningsprocedure van de prestaties», *Koninklijke Commissie Sociale Zekerheid*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 47-48; PIETERS, D., «Vervangingsinkomens I: economische risico's», *Koninklijke Commissie Sociale Zekerheid*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 113 en 119).

²¹ ADAMS, M., «Wetgeving en beleid: pleidooi voor een heroverweging van de rol van het parlement in het wetgevingsproces en een systeem van wetsevaluatie», *R.W.*, 1992-93, 1043-1045; DE HAAN, P., DRUPSTEEN, C. en FERNHOUT, R., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Kluwer, Deventer, 1978, 12-16 en 117; KORTMANN, C., «Behoorlijke wetgeving», *Regel en praktijk*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1979, 72; PIETERS, D., *Sociale-zekerheidsrechtsvergelijking ten dienste van Europa*, Deventer, Kluwer, 1992, 24.

²² De wetgever in de formele zin moet worden belast met het vastleggen van de algemene, maar reeds op voldoende wijze bepaalde regels inzake de bevoegdheidsuitoefening, de procedures bij de aanvraag, de mate van openbaarheid, de aard en de hoogte van de uitkeringen, de toegelaten voorschriften, de controlebevoegdheden, de terugbetalingsvoorschriften, de sancties en de rechtsbescher-

De legitimiteit die de sociale-zekerheidswetgeving ontleent aan haar pogingen om rekening te houden met de vele, in het geding zijnde maatschappelijke belangen, gaat ten koste van een dalende overzichtelijkheid, omdat de wetgever zelden aandacht besteedt aan het formuleren van algemene beginselen waarmee ook niet voorziene gevallen kunnen worden opgelost, maar zijn toevlucht zoekt tot uiterst gedetailleerde regelgeving waarvan de talloze categorieën en opsommingen op hun beurt eigen interpretatieproblemen veroorzaken en de rechtzoekende vaak ertoe bewegen zich aan de toepassing van de rechtsregel te onttrekken. Tenzelfder tijd voelt de wetgever zich in een aantal gevallen genoodzaakt tot een beroep op vage normen waarvan, ondanks de invulling ervan door de administratie, de rechtspraak en de rechtsleer, niet steeds een voldoende rechtszekerheid en voorspelbaarheid uitgaat ²³.

De wildgroei van het sociale-zekerheidsrecht veroorzaakt aldus een sneeuwbal effect, omdat de wetgever geen greep op het geheel meer heeft en de beoogde aanpassingen nog slechts met oneindige ²⁴ «ad hoc-maatregelen» kan nastreven.

De ideologische grondslagen voor een in wezen gedifferentieerd beleid en de algemene beginselen van de sociale zekerheid, zoals de rol van de persoonlijke verantwoordelijkheid en de maatschappelijke solidariteit, het verzekerings- en het equivalentiebeginsel en de verplichtingen van de rechtsgekende moeten worden verankerd en aan de basis gelegd van een diepgaande harmonisering die meer eenheid en eenvoud brengt in de diverse sociale verzekeringen die per beroepscategorie en per bestreden risico bij afzonderlijke wetten zijn ingericht, en in de diverse gewaarborgde regelingen die een minimuminkomen beogen te garanderen. Een aldus opgevatte harmonisering dient niet alleen de rechtszekerheid, maar trekt tevens ten strijde tegen de feitelijke discriminatie van burgers uit de lagere socio-professionele categorieën, wier beroeps- en gezinssituatie meer kans op onduidelijkheden en betwistingen schept en die een grotere afhankelijkheid vertonen ten aanzien van welzijns- werkers, politieke mandatarissen en sociale organisaties ²⁵.

Louter of veeleer technische aangelegenheden, zoals de aanvraag van prestaties, de verjaringstermijnen, de uitbetalingsmodaliteiten, de kennisgeving van beslissingen en de moratoire interessen, maar ook de refertelonen voor de berekening van vervangingsinkomens, een aantal begrippen voor de gezinsmodalisering der uitkeringen en de regeling van de gelijkgestelde tijdvakken, moeten, ondanks een niet tegen de voordelen van een harmonisering opwegende en

ming (DAMEN, L.J.A., *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur*, Deventer, Kluwer, 1987, 269-273 en 335).

²³ Zo bezitten de rechtbanken uiteenlopende opvattingen over de inhoud van de norm «het zwaar beletsel» met het oog op de beoordeling van de invloed van familie-omstandigheden op de verplichting van de werkloze tot het aanvaarden van passende arbeid.

²⁴ Soms wel eenmalig genoemd.

²⁵ DILEMANS, R., «Basisopties en structuur van het Wetboek», *Koninklijke Commissie Sociale Zekerheid*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 11; TEN BERGE, J. en DE WAARD, B., «Harmonisatie: begrip en methode», *Tussen eenheid en verscheidenheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, 12-16 en 38.

derhalve misplaatste weerstand van wie dan ook ²⁶, in een-vormige regelingen worden vastgelegd en door een vermindering van het aantal en de verscheidenheid der wetsbepalingen het pad effenen voor een aantal kleine hervormingen waarvan een ingrijpende vereenvoudiging mag worden verwacht.

Het is toch ontoelaatbaar dat de ongelijkheid inzake het bedrag van de kinderbijslag voor het eerste kind nog langer het struikelblok blijft voor een uniformisering van de thans voornamelijk professioneel gestructureerde gezinsbijslagregelingen die zelfs zonder afschaffing van de kinderbijslagfondsen kan worden verwezenlijkt ²⁷. De berekening van de sociale-zekerheidsbijdragen op basis van de bedrijfsinkomsten van het kalenderjaar dat voorafgaat aan het jaar waarvoor de bijdragen verschuldigd zijn, kan mijns inziens tot een belangrijke vereenvoudiging van het Sociaal Statuut Zelfstandigen leiden. De omschakeling van de ziektekostenverzekering tot een volksverzekering, een grotere doorzichtigheid van de sociale-zekerheidsregelingen in de openbare sector ²⁸ en een integratie van de arbeidsongevallen- en beroepsziektenwetgevingen voor de openbare en de particuliere sector moeten eveneens kunnen worden verwezenlijkt. De wetten inzake het bestaansminimum, het gewaarborgd inkomen voor bejaarden en de financiële tegemoetkomingen aan gehandicapten kunnen worden samengesmolten tot een geïntegreerd geheel.

Het is wetenschappelijk aangetoond, enerzijds, dat slachtoffers op dezelfde wijze door het verlies van arbeidsinkomen worden getroffen, ongeacht de wijze waarop zij de daaraan ten grondslag liggende gezondheidsschade hebben opgelopen en, anderzijds, dat werkloosheid een belangrijke oorzaak van gezondheidsschade vormt en eigenlijk zeer nauw aan arbeidsongeschiktheid verwant is. De vraag rijst of de wetgever voldoende moed zal kunnen opbrengen voor de consequente legiferatie van het logische inzicht dat, behalve met het oog op preventie en herstel van menselijke schade, het causale denken moet worden verlaten en dat de diverse uitkeringen kunnen en moeten worden gelijkgeschakeld ²⁹.

b. Gebrek aan voldoende stabiliteit

Het sociale-zekerheidsbeleid moet kunnen worden aangepast aan de maatschappelijke ontwikkelingen en is bovendien erg conjunctuurgevoelig. Met meer beginselvastheid en met naleving van het hierboven bepleite legaliteitsbeginsel zou de wetgever echter een dam moeten opwerpen tegen de duizelingwekkende stroom van wetswijzigingen die het soms tot een bijna hopeloze opgave maakt te achterhalen welke normen op een gegeven ogenblik van kracht zijn of te zorgen

voor het onderhoud van wettencollecties en juridische advies-systemen en die meer dan eens de betrouwbaarheid van economische berekeningen in het gedrang brengt.

Terzelfder tijd dient het blijvend verstek van de wetgever op essentiële punten, zoals de codificatie en vereenvoudiging van het sociale-zekerheidsrecht of de uitwerking van het sociaal statuut van de schouwspelartiesten, aan de kaak te worden gesteld ³⁰.

c. Ontoereikende bekendmaking van de sociale-zekerheidswetgeving

De grondwettelijke regel dat wetsbepalingen niet verbindend zijn dan na in de bij de wet voorgeschreven vorm te zijn bekendgemaakt, wordt ook op het domein van de sociale-zekerheid aangevuld met een aantal supplementaire publikatievereisten ³¹. De wijze waarop wetsbepalingen en -wijzigingen thans worden gepubliceerd, stelt de burger echter helemaal niet in staat om kennis te nemen van de tekst van de wet. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat de justitiabele met toepassing van het leerstuk van de onoverkomelijke dwaling in bepaalde gevallen ontkomt aan de ongebreidelde gevolgen van het adagium «Nemo ius ignorare censetur» dat op zich nochtans de rechtszekerheid ten goede komt.

Bijzondere aandacht verdient het arrest waarin de Raad van State de beslissing waarin de Commissie tot vrijstelling van bijdragen overeenkomstig het intussen gewijzigde artikel 88 van het koninklijk besluit van 19 december 1967 een verzoek tot vrijstelling van bijdragen heeft afgewezen, vernietigt op grond dat, hoewel de wetten zelfs verplichtend zijn voor wie ze niet kent, de Koning een verzuim of tardiviteit van aansluiting bij een sociaal verzekeringsfonds voor zelfstandigen niet steeds aan een schuldige nalatigheid mag toeschrijven en de ingangsdatum van de termijn voor het indienen van een verzoek tot vrijstelling van bijdragen niet op zodanige wijze mag bepalen dat die termijn kan verstrijken, alvorens de beginnende zelfstandige op zijn bijdrageplicht is gewezen ³².

Dat verschillende sociale-zekerheidsinstellingen op eigen houtje de wetgeving inzake hun dagelijkse «champs de bataille» coördineren, kan de overheid niet ervan ontslaan niet alleen ervoor te zorgen dat ten minste op één plaats in ons land een correcte, actuele en volledige verzameling van de wetgeving wordt bijgehouden, maar tevens dat ten langen laatste werk wordt gemaakt van de codificatie van de sociale-zekerheidswetgeving die de samenhang tussen de diverse wetten aan het licht brengt en aldus een instrument tot beheersing wordt en het voeren van een gecoördineerd beleid bevordert.

²⁶ Zie bijvoorbeeld de commentaar van de N.A.R. op het wetsvoorstel tot invoering van het «handvest» van de sociaal verzekerde, *Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 353/2, 4 en 10-13; advies van de N.A.R. van 28 juli 1992, nr. 1031.

²⁷ *Contra*: ASSOCIATION DES CAISSES D'ALLOCATIONS FAMILIALES POUR TRAVAILLEURS SALARIÉS, «Les allocations familiales: une ébauche de simplification», *T.S.R.*, 1993, 81-89.

²⁸ Zie JANVIER, R., *Sociale bescherming van het overheids personeel*, Brugge, Die Keure, 1990, 980-1013.

²⁹ VAN LANGENDONCK, J. e.a., «Aanpassingen van het institutioneel en juridisch kader», 333; VAN REGENMORTEL, A., o.c., 330; VIAENE, J., e.a., o.c., 23-24.

³⁰ PERSYN, C., «De informatieplicht en de verhouding administratie/burger», 28-30; SCHEPERS, J., DE SMEDT, L., VAN BUGGENHOUT, B. en ROBBER, F., «De inzetbaarheid van juridische advies-systemen in de praktijk van het sociale-zekerheidsrecht», *R.W.*, 1992-93, 591.

³¹ Art. 27 Wet 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een kruispuntbank van de sociale zekerheid, *B.S.*, 22 februari 1990; art. 50 K.B. 29 april 1969 houdende algemeen reglement betreffende het gewaarborgd inkomen voor bejaarden, *B.S.*, 1 mei 1969.

³² *R.v.St.*, Klopfert, nr. 32.319, 24 maart 1989.

Bij codificatie gaat het in essentie om het onderbrengen van over tal van wetten verspreid liggende, maar door een gemeenschappelijk begrip verbonden regelingen in één organisch geheel dat door een functionele opbouw en systematiek, door gebruik van eenduidige begrippen en door een zo groot mogelijke verstaanbaarheid een goed hanteerbaar instrument is voor alle personen en instanties die bij de sociale zekerheid zijn betrokken. De meningen lopen sterk uiteen over de vraag in hoeverre een ingrijpen van de codificator in de inhoud van de rechtsregels zelf wenselijk is, dan wel de kans op welslagen van de codificatie in gevaar brengt ³³.

In zoverre zelfs na de werkzaamheden van de commissie-Dillemans een omvattende codificatie niet onmiddellijk haalbaar wordt geacht, dient de wetgever de opdracht te geven met opsomming van de desbetreffende wetsbepalingen alvast alle uitvoeringsmaatregelen van een zelfde wet in een zelfde uitvoeringsbesluit samen te brengen en kan een aanvang worden gemaakt met de verwezenlijking van een aantal der boven geformuleerde of soortgelijke vereenvoudigingsvoorstellen ³⁴.

2° Betrouwbaarheid van de sociale-zekerheidswetgeving

Het verlenen van terugwerkende kracht aan een wet is soms ingegeven door het streven om een reeds in de praktijk toegepaste regel te legaliseren en komt alsdan de rechtszekerheid ten goede. Wetswijzigingen die verkregen rechten aantasten of verkregen uitzichten in het gedrang brengen, ondermijnen echter de (subjectieve) rechtszekerheid ³⁵.

E. De Jong acht het rechtsgehalte van het beroep op verkregen rechten of verkregen uitzichten zeer gering en het eigendomsrecht niet het opportune middel om dat beroep te staven. Volkenrechtelijke bepalingen verzetten zich in ieder geval niet tegen een herziening door de wetgever van sociale-zekerheidsregelingen. Artikel 17 E.V.R.M. en artikel 1 van het eerste aanvullend protocol voorzien in bijna

onbegrensde afwijkingsmogelijkheden, zodat zelfs in pensioenregelingen waarin het aandeel van de sociaal verzekerde door premiestorting wordt opgebouwd en op ieder ogenblik bepaalbaar is en die bijgevolg als stelsels van bezitvorming worden beschouwd, het recht op ongestoord genot van de eigendom niet het behoud van de verkregen pensioenrechten garandeert ³⁶.

Interessante perspectieven opent de erkenning van de grondwettelijke waarde van het rechtszekerheidsbeginsel ³⁷, al bieden de algemene rechtsbeginselen dat de wet geen terugwerkende kracht heeft en dat de nieuwe wet onmiddellijke uitwerking heeft, op korte termijn ook enige steun ³⁸. Weliswaar kan de wetgever zelf van die beginselen afwijken ³⁹, maar ze dienen toch als leidraad voor de interpretatie van een wetsbepaling waarvan de retroactieve werking niet uitdrukkelijk of op onduidelijke wijze is voorgeschreven. Bovendien kunnen koninklijke en ministeriële besluiten geen retroactieve werking hebben, behoudens in zoverre ze in overeenstemming zijn met de formele tekst van de wet die ze ten uitvoer leggen ⁴⁰.

Het belang van velen bij een eerbiediging van verkregen rechten of verkregen uitzichten mag niet ertoe leiden dat de sociale-zekerheidswetgeving niet kan worden aangepast aan gewijzigde maatschappelijke opvattingen of dat het fundament van een rendabele volkshuishouding onder de sociale zekerheid wordt weggeslagen. Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel verplicht de wetgever wel aandacht te schenken aan de vraag naar de eerbiedigende of exclusieve werking van een wetswijziging in het domein van de sociale zekerheid. Verkregen rechten en verkregen uitzichten moeten worden afgewogen tegen de belangen die de wetswijziging beoogt te dienen, en worden verzoend met de vereisten die de toepassing van het gelijkheidsbeginsel stelt. Wanneer een persoon van het toepassingsgebied van een sociale-zekerheidsregeling wordt uitgesloten, moeten bestaande rechten worden geëerbiedigd en moet het verlies van uitzicht op prestaties met compenserende maatregelen worden opgevangen. Lopende uitkeringen en opgebouwde aanspraken verdienen in beginsel eerbiediging. Hoe dieper een wetswij-

³³ DILLEMANS, R., «De codificatie van de sociale zekerheidswetgeving in België», *Sociaal en zeker*, Deventer, Kluwer, 1986, 411-420; DUMORTIER, J., PENNINGCKX, M. en TIMMERMANS, Y., «Wie wordt nog geacht de wet te kennen? Een voorstel voor een betere toegankelijkheid van de Belgische wetgeving», *R.W.*, 1992-93, 943; NEVEN, J., «Codificatie als instrument van wetgevingsbeleid op het terrein van de sociale zekerheid», *S.M.A.*, 1980, 796-806; POLAK, J., «Codificerende wetgeving», *Regel en praktijk*, Zwolle, Tjeenk Wilink, 1979, 15-22; STORME, M., «De Codificatie van het Belgisch Sociaal Recht. Algemene problemen», *R.W.*, 1955-56, 1648-1676; Van Langendonck, J., «Statische en dynamische codificatie», *S.M.A.*, 1980, 837-846; VAN LOO, P.F., «Stelselherziening en vereenvoudiging van wetgeving», *S.M.A.*, 1984, 304-312; VELDKAMP, G., «Codificatie, het vergeten hoofdstuk in het sociale zekerheidsbeleid», *Blinde vlekken in het sociaal recht*, Deventer, Kluwer, 1986, 215-236.

³⁴ Zo wordt voorgesteld, in voorkomend geval, aan de Koning de bevoegdheid te verlenen in de bestaande wetten en verordeningen de nodige wijzigingen aan te brengen ten einde de bepalingen ervan in overeenstemming te brengen met het in te voeren handvest van de sociaal verzekerde dat nochtans heel wat ruimte voor afwijkende bijzondere bepalingen openlaat (art. 34 wetsvoorstel tot invoering van het handvest van de sociaal verzekerde, *Gedr. St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 353/1).

³⁵ VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», nr. 11.

³⁶ DE JONG, E., «Verworven rechten in de sociale zekerheid», *R.W.*, 1983-84, 2444-2445.

³⁷ Zie SUETENS, L.P., «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning», *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, OPDEBEEK, I. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1992, nrs. 24-25.

³⁸ De wijziging in de wijze van betaling van arbeidsongevallenvergoedingen is bijvoorbeeld van toepassing op betalingen na de inwerkingtreding van de wet, ook al heeft het arbeidsongeval zich vóór de inwerkingtreding van de wijzigende wet voorgedaan (PERSYN, C., JANVIER, R. en VAN EECKHOUTTE, W., «Overzicht van rechtspraak. Arbeidsongevallen 1984-1989», *T.P.R.*, 1989, 1218).

³⁹ Wel kan een retroactieve wet in bepaalde gevallen een schending van de grondwettelijke bepalingen inzake de bevoegdheidsverdeling of van het gelijkheidsbeginsel uitmaken en aldus worden aangevochten (zie bv. Arbitragehof, 15 juni 1993, nr. 46/93, *B.S.*, 20 augustus 1993, 18460). Om dat te vermijden heeft de wetgever, rekening houdende met de rechtspraak van het Arbitragehof, artikel 74 van de wet van 30 december 1992 houdende sociale en diverse bepalingen niet met terugwerkende kracht ingevoerd.

⁴⁰ CLAEYS BOUUAERT, P., «Algemene beginselen van het recht. Vijftien jaar rechtspraak van het Hof van Cassatie», *R.W.*, 1986-87, 915-918.

ziging ingrijpt in de positie van de rechtsonderhorige, hoe geleidelijker zij uitwerking dient te hebben ⁴¹.

B. Uitvoering van de sociale-zekerheidswetgeving

De sociale-zekerheidsinstellingen worden vaak gezien als een tegenstander die de houding van een inspecteur of controleur aanneemt. Hoewel verzekeringsmaatschappijen enkel gehouden zijn tot het uitvoeren van het verzekeringscontract en niet verplicht zijn enige actie te ondernemen ten voordele van de verzekerde, zolang deze niet in de door de contracten voorgeschreven vormen de realisering van het risico meldt en zijn aanspraak op een prestatie staft, is het vertrouwen van de bevolking in particuliere maatschappijen doorgaans groter. Toch dient de onverkwikkelijke wijze waarop ziekenfondsen niet renderende invaliditeitsverzekeringen hebben opgeheven, in herinnering te worden gebracht ⁴² en kan de verplichting tot bekrachtiging van overeenkomsten inzake arbeidsongevallenvergoedingen niet direct een blijk van vertrouwen ten aanzien van de arbeidsongevallenverzekeraars worden genoemd. De keuzen voor de uitvoering van de sociale-zekerheidswetgeving door overheidsdiensten, non-profit organisaties of commerciële verzekeraars hebben wellicht elk hun verdiensten en tekortkomingen. Het gaat uiteindelijk dus om een politieke keuze ⁴³.

1° Kenbaarheid van de administratieve beslissingen

Wat de kenbaarheid van de te verwachten beslissingen betreft, wordt erop gewezen dat een indrukwekkende massa van informele, niet altijd makkelijk detecteerbare regels een niet te verwaarlozen invloed heeft op de concrete toepassing van de sociale wetgeving, zodat een afdoende expertkennis steeds meer specialisatie in een of meer subdomeinen dreigt te vergen ⁴⁴.

De kenbaarheid van genomen beslissingen steunt op de materiële en formele motiveringsplicht van de sociale-zekerheidsinstellingen.

Alle handelingen van de sociale-zekerheidsinstellingen moeten worden gedragen door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn en die moeten blijken uit het dossier van de zaak. Het gaat om een algemeen rechtsbeginsel dat ertoe strekt de legaliteitscontrole van de rechter mogelijk te maken.

Zelfs al genieten de sociale-zekerheidsinstellingen in de regel een gebonden bevoegdheid en wint de rechterlijke controle op de motieven van het bestuur voornamelijk aan belang, naarmate de beleidsvrijheid van het bestuur toeneemt ⁴⁵, de wet van 29 juli 1991 veralgemeent de formele

motiveringsplicht die reeds aan enkele sociale-zekerheidsinstellingen was opgelegd ⁴⁶, vergemakkelijkt de rechterlijke controle van de beslissingen en is bovendien een essentieel element van preventieve rechtsbescherming. Die uitdrukkelijke verplichting impliceert dat het niet mogelijk is de onrechtmatigheid van de bestuurshandeling te herstellen door in de loop van het geding weliswaar juiste, maar niet-vermelde motieven voor de beslissing aan te voeren of door een substitutie van motieven toe te passen. Behalve indien blijkt dat de verzoeker de motieven van de bestuurshandeling kent of geacht wordt te kennen, leidt de niet-nakoming van de formele motiveringsplicht tot vernietiging van de bestreden beslissing door de Raad van State of tot niet-toepassing ervan door de justitiële rechter op grond van artikel 107 van de Grondwet. Schadevergoeding kan slechts worden toegekend, indien de schade niet zou zijn opgetreden, was het verzuimde vormvoorschrift nageleefd ⁴⁷.

Bij ontstentenis van specifieke wetsbepalingen dienen de sociale-zekerheidsinstellingen zich met het oog op de rechtszekerheid binnen een redelijke termijn over de rechten van de sociaal verzekerde uit te spreken, al is het bepalen van de concrete duur van die termijn zelf een bron van onzekerheid. Daarbij kan onder meer rekening worden gehouden met het bedrag waar het om gaat. De eventuele invoering van normatieve en door de wetgever bepaalde termijnen dient vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid te worden toegejuicht ⁴⁸.

2° Betrouwbaarheid van de administratieve beslissingen

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur sluiten het recht op rechtszekerheid in ⁴⁹. Door de overheid opge-

in de rechtspraak van de Raad van State», tekst voor de navormingsmiddag van de rechtsfaculteit VUB van 21 maart 1992, 2-3; VAN ORSHOVEN, P., «De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen», *R.W.*, 1991-92, 488-489; VAN ORSHOVEN, P., «Algemene beginselen van behoorlijk fiscaal en ander bestuur», *Actuele problemen van fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 2.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld art. 20 K.B. 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, *B.S.*, 16 januari 1968, art. 134, K.B. 22 december 1967, houdende algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen der zelfstandigen, *B.S.*, 10 januari 1968 en art. 63, K.B. 4 november 1963, tot uitvoering van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, *B.S.*, 8 november 1963.

⁴⁷ DE BERSAQUES, G., «De sanctie verbonden aan het verzuim van een afdoende formele motivering in de zin van de uitdrukkelijke motiveringswet: enkele kanttekeningen», *T.B.P.*, 1993, 644-648; LEUS, K., «De wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen», nrs. 21-22. Voor een concrete toepassing kan worden verwezen naar het vonnis van de Arbeidsrechtbank te Gent van 18 februari 1993 (*R.W.*, 1993-94, 412).

⁴⁸ OPDEBEEK, I., o.c., 154; RIPHAGEN, J., *Rechtspraak in de sociale zekerheid: toegang tot Europa of toevlucht in de provincie?*, Deventer, Kluwer, 1989, 19. Zie bijvoorbeeld het wetsvoorstel tot invoering van het handvest van de sociaal verzekerde (*Gedr.St.*, *Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 353/1).

⁴⁹ In de literatuur wordt nu eens het vertrouwensbeginsel belicht als een aspect van het rechtszekerheidsbeginsel, of, omgekeerd, wordt het rechtszekerheidsbeginsel beschouwd als fundament voor de in het vertrouwensbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur vervatte norm.

⁴¹ DE JONG, E., *I.c.*, 2447-2452; SCHELTEMA, M., *I.c.*, 544.

⁴² PUT, J. en GESQUIERE, G., «De rechten van de ziekenfondsen bij de afschaffing van een aanvullende ziekenfondsverzekering», *R.W.*, 1992-93, 634-641.

⁴³ VAN LANGENDONCK, J., «Privatiseringstendenzen in de sociale zekerheid», 51 en 56-57.

⁴⁴ SCHEPERS, J., DE SMEDT, L., VAN BUGGENHOUT, B. en ROBBER, F., *I.c.*, 591-593.

⁴⁵ LEUS, K., «De wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen», tekst voor de navormingsmiddag van de rechtsfaculteit VUB van 21 maart 1992, nrs. 1-12 en 17; VAN DAMME, M., «Motivering van bestuurshandelingen

wekte ⁵⁰ en gerechtvaardigde ⁵¹ verwachtingen van de burger ⁵² moeten in de regel worden gehonoreerd, tenzij zwaarwegende redenen zich daartegen verzetten. Aan individuele bestuurshandelingen kan slechts terugwerkende kracht worden verleend, indien daarvoor een wettelijke grondslag bestaat of in zoverre ze door de rechtspraak noodzakelijk wordt geacht om de efficiënte werking van het bestuur te verzoenen met de bescherming van de belangen van de rechtsonderhorige en de rechtszekerheid. Zo aanvaardt de Raad van State de terugwerkende kracht van beslissingen tot pensionering van ambtenaren die rekening houden met de datum waarop de betrokkene definitief ongeschikt is verklaard ⁵³.

Het vertrouwensbeginsel kan in de regel niet worden gehanteerd tegen uitdrukkelijke wetsbepalingen in, zodat de burger niet het recht op het behoud van de onwettige toestand verkrijgt en ten onrechte toegekende sociale-zekerheidsvoordelen in principe moeten worden ontnomen ⁵⁴. Het sociale-zekerheidsrecht poogt de justitiabele zoveel mogelijk voor deze bron van rechtsonzekerheid te behoeden door de sociale-zekerheidsinstellingen te verplichten onverschuldigd betaalde uitkeringen in de loop van verkorte verjaringstermijnen terug te vorderen ⁵⁵.

De rechtspraak van de Raad van State volgens welke onregelmatige rechtverlenende of constitutieve administratieve rechtshandelingen slechts onder bepaalde voorwaarden kunnen worden ingetrokken, biedt de justitiabele weinig soelaas. Hoewel bepaalde rechtsleer zulks betwist, geldt die jurisprudentiële leer inzake de intrekking van administratieve rechtshandelingen immers niet voor de rechtverlenende

⁵⁰ De sociale-zekerheidsinstellingen beschikken over weinig ruimte voor het opstellen van beleidsregels. Wat de juridische betekenis van beleidsuitspraken bij de uitoefening van ongebonden bevoegdheden betreft, wordt verwezen naar het preadvies van D. D'Hooghe. Ongegronde verwachtingen kunnen echter ook voortvloeien uit verkeerde inlichtingen of adviezen.

⁵¹ De burger kan zich niet op het vertrouwensbeginsel beroepen, als hij redelijkerwijze de ingeroepen verwachting niet uit het bestuurlijk gedrag kan puren of de bestuurlijke vergissing bij een normale oplettendheid kan onderkennen, noch wanneer hijzelf onjuiste of onvolledige informatie aan het bestuur heeft verstrekt.

⁵² De toepassing van het vertrouwensbeginsel vereist dat de betrokkene op grond van het gewekte vertrouwen handelingen heeft verricht of zich daarvan heeft onthouden. Zo wordt aan de kaak gesteld dat de administratie werklozen in verwarring brengt door, enerzijds, zo nauwkeurig mogelijk naar de gewenste dienstbetrekking te peilen en, anderzijds, de weigering om in te gaan op een aanbod dat niet aan dat profiel beantwoordt, te bestraffen (VAN LANGENDONCK, J., e.a., «Aanpassingen van het institutioneel en juridisch kader», 337-338).

⁵³ VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», nr. 15.

⁵⁴ LEUS, K., «Contra legem-werking van het rechtszekerheidsbeginsel, meer in het bijzonder van het vertrouwensbeginsel» (noot onder Cass., 27 maart 1992), *N.F.M.*, 1993, 72-74; PEETERS, B. en CAUWENBERGH, P., «Het voorafgaand schriftelijk akkoord: fiscale (schijn)rechtszekerheid?», *T.F.R.*, 1993, 146-148.

⁵⁵ Art. 21 van het wetsvoorstel tot invoering van het handvest van de sociaal verzekerde bepaalt in dezen dat de herziening slechts uitwerking kan hebben op de eerste dag van de maand na de kennisgeving, als de vergissing aan de sociale-zekerheidsinstelling te wijten is en het recht op de prestatie kleiner is dan het aanvankelijk toegekende recht (*Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 353/1).

of declaratieve rechtshandelingen die de sociale-zekerheidsinstellingen verrichten bij de uitoefening van hun gebonden bevoegdheid ⁵⁶. Bovendien mag uit de beslissing van het Hof van Cassatie dat artikel 107 van de Grondwet geen onderscheid maakt tussen reglementaire en individuele rechtshandelingen en dat het bestuur zich voor de rechter op de onwettigheid van zijn eigen besluit kan beroepen ⁵⁷, worden afgeleid dat het bestuur door de justitiële rechter bevoegd wordt geacht zijn onregelmatige besluiten in te trekken ⁵⁸. Wel mag niet uit het oog worden verloren dat de herziening van administratieve beslissingen of de intrekkingen van administratieve handelingen soms worden geregeld door bijzondere wetsbepalingen ⁵⁹.

Overeenkomsten over feitelijke kwesties, zoals het bedrag van de inkomsten waarop de verschuldigde sociale-zekerheidsbijdragen worden geïnd, kunnen geldig tussen het bestuur en de justitiabele worden aangegaan. Zij zijn veeleer op het vlak van het bewijs te situeren en keren de normale regels inzake de bewijslast om. De justitiabele is erdoor gebonden, al kan hij nog steeds het bewijs van een juridische dwaling of van een feitelijke vergissing leveren. Voorts mag het bestuur wegens de dwingende kracht van het vertrouwensbeginsel niet met terugwerkende kracht op dergelijke akkoorden terugkomen ⁶⁰.

De juridische kwalificatie van de feiten is echter geen feitelijke kwestie waarover een dergelijke overeenkomst kan worden gesloten. Bij ontstentenis van andersluidende bepalingen heeft zowel de instelling die ten onrechte de aansluiting bij een professionele sociale-zekerheidsregeling heeft aanvaard, als de instelling die, in voorkomend geval, de verplichting tot aansluiting bij een andere sociale-zekerheidsregeling moet doen naleven, niet alleen de bevoegdheid, maar ook de verplichting om de onrechtmatig geachte aansluiting voortaan te weigeren, respectievelijk de verplichte

⁵⁶ Zulks geldt bijvoorbeeld voor een ministerieel besluit dat de wedde van een ambtenaar of een pensioen vaststelt op basis van de bestaande reglementering.

⁵⁷ Cass., 21 april 1988, *Pas.*, 1988, I, 983; Cass., 19 oktober 1989, *R.W.*, 1989-90, 1185-1188.

⁵⁸ VAN DAMME, M., «Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel», nrs. 72-76; cf. WERQUIN, T., *l.c.*, 338. Luidens art. 22 van het wetsvoorstel tot invoering van het «handvest» van de sociaal verzekerde kan de instelling van sociale zekerheid haar beslissing intrekken en een nieuwe beslissing nemen binnen de termijn voor het instellen van een voorziening bij de arbeidsrechtbank of, indien de voorziening reeds is ingesteld, tot aan de sluiting der debatten, wanneer op de datum waarop de prestatie is ingegaan, hetzij het recht door een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling is gewijzigd, hetzij een nieuw feit of nieuw bewijsmateriaal dat een terugslag heeft op de rechten van de verzoeker tijdens het geding wordt ingeroepen, hetzij wordt vastgesteld dat aan de administratieve beslissing een onregelmatigheid of een materiële vergissing kleefte (*Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 353/1).

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld artikel 31, 7°, Pensioenwet en de artt. 21-21ter K.B. 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, *B.S.*, 16 januari 1968.

⁶⁰ LEUS, K., «De fiscale 'ruling': een juridisch novum? Terreinverkenning vanuit bestuursrechtelijke hoek», in *Liber Amicorum Prof. De Vroede*; PARENT, X., «L'application de la loi fiscale — Les accords et droit fiscal: transactions, accords individuels et ruling», *Actualité du droit*, 1993, 353-379.

aansluiting af te dwingen ⁶¹. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid van de werknemer is het derhalve zeer belangrijk dat aan de werkgever het verbod wordt opgelegd, niettegenstaande elk andersluidend beding, de ten gevolge van een verkeerde kwalificatie niet ingehouden werknemersbijdragen alsnog op de werknemer te verhalen.

Is de verkeerde kwalificatie eenmaal rechtgezet, dan dient binnen de perken van de verjaringstermijnen de betaling van achterstallige bijdragen en de terugbetaling van onverschuldigd betaalde bijdragen en uitkeringen te worden gevorderd. Voornamelijk de werknemers- en zelfstandigenregelingen hanteren niet dezelfde verjaringstermijnen, zodat de rechtzetting van een verkeerde kwalificatie tot gevolg kan hebben dat de betrokkene voor bepaalde tijdvakken onder geen enkele sociale-zekerheidsregeling ressorteert en derhalve elke bescherming dreigt te ontberen.

Een en ander dient te worden betreurd, omdat precies het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen terecht een van de blinde vlekken van het sociaal recht wordt genoemd en de zekerheid omtrent de wijze waarop de feiten door de administratie of de rechter zullen worden beoordeeld, even noodzakelijk is als de voorspelbaarheid van de kenbare rechtsregel. De wetgever beoogt de blinde vlek te bestrijden met de techniek van de «rechtstreekse kwalificatie» voor sommige categorieën van probleemgevallen en met een aantal sancties. Voorts is de aansluiting van een persoon bij de sociale-zekerheidsregeling der zelfstandigen in elk geval afhankelijk van de uitdrukkelijke goedkeuring van het RSVZ en is aan het RSVZ de opdracht gegeven met de RSZ overleg te plegen, ingeval de betrokkene zijn beroepsactiviteit voorheen als werknemer uitoefende ⁶². Hoewel een aantal beslissingen aldus op een centraler niveau worden genomen en ook de informatieplicht van de sociale-zekerheidsinstellingen wellicht nog niet ten volle benutte mogelijkheden biedt, rijst de vraag of die overlegprocedure niet tot andere gevallen dient te worden uitgebreid, dan wel door een beslissingsbevoegdheid van één enkel orgaan dient te worden vervangen en of niet moet worden bepaald dat de aldus, a priori te nemen, beslissingen een bindend karakter hebben voor alle betrokken bestuursoverheden.

II. RECHT EN SOCIALE (ON)ZEKERHEID

Zonder uit het oog te verliezen dat rechtsregels zeker niet het enige en wellicht ook niet het meest doeltreffende instrument voor de verwezenlijking van de sociale zekerheid vormen ⁶³, wordt hierna onderzocht of de justitiabele een recht op sociale zekerheid geniet en of de op grond daarvan toegekende prestaties aan zijn noden tegemoet komen.

A. Recht op sociale zekerheid

De justitiabelen ontleen aan de thans geldende sociale-zekerheidswetten en onder de daarin bepaalde voorwaarden een subjectief recht op de prestaties van zowel de professionele sociale verzekeringen als de gewaarborgde minimumregelingen ⁶⁴.

Hoewel het recht op sociale-zekerheidsuitkeringen niet berust op bijdragebetaling, maar op de wet die de overheid de verplichting oplegt bepaalde prestaties in de toekomst uit te keren en te zorgen voor de nodige financiële middelen om dat te doen, is de financieringswijze een belangrijke psychologische factor en bestaat minder weerstand tegen betaling van bijdragen dan tegen betaling van belastingen wegens het verwachte recht op tegenprestatie ⁶⁵. Overigens mag niet uit het oog worden verloren dat sociale-zekerheidsbijdragen alleen met het oog op een specifieke bestemming mogen worden aangewend, zodat de sociale zekerheid minder makkelijk tersluiks op het altaar van andere politieke doelstellingen kan worden geofferd ⁶⁶. De eis tot het behoud van het paritair of medebeheer van de sociale verzekeringen kan ten dele in die zin worden begrepen.

Op grond dat de wettelijke opdracht van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn voldoende nauwkeurig is omschreven en de aanspraken van de burger met een effectief rechtsmiddel kunnen worden gehandhaafd, oordeelt de rechtsleer bovendien, in tegenstelling tot de afdeling wetgeving van de Raad van State ⁶⁷, dat de burger als schuldeiser van het bevoegde O.C.M.W. een subjectief recht op maatschappelijke dienstverlening geniet, ook al houdt de wetgever rekening met de behoefte aan een gepersonaliseerde maatschappelijke dienstverlening ⁶⁸.

De wettelijke formulering van sociale-zekerheidsrechten volstaat echter niet om het behoud van die rechten of de effectieve verwezenlijking ervan te waarborgen ⁶⁹.

⁶⁴ Vergelijk in dit verband met de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het onderscheid tussen sociale zekerheid en sociale bijstand met het oog op de toepassing van verordening 1408/71.

⁶⁵ SCHULTE, B., «Which guarantees can the systems of social security offer?», in *Les problèmes structurels de la sécurité sociale aujourd'hui et demain*, Annuaire de l'EISS 1987, Leuven, Acco, 1988, nrs. 26-27; VAN LANGENDONCK, J., «Het juridisch statuut van de sociale zekerheid», *Liber in memoriam Prof. Dr. G.M.J. Veldkamp*, Tilburg, KUB, 1992, 300-301. Een duidelijke scheiding tussen beide financieringswijzen kan verder de verschillende vormen van inkomensherverdeling doorzichtiger maken en zo het gevoel van zekerheid bij de actieve bevolking vergroten, zodat deze een grotere bereidheid tot financiering vertoont (VERHUE, M., «Convergentie van de pensioenstelsels in de E.G.», *Tijdschrift voor sociale wetenschappen*, 1993, 48).

⁶⁶ SCHULTE, B., l.c., nr. 24.

⁶⁷ *Gedr.St., Senaat*, 1974-75, nr. 581/1, 86.

⁶⁸ OST, F., «Rechtvaardigheidstheorie en recht op sociale bijstand», *Recht en armoede*, TANGHE, F. (red.), Tegenspraak Cahier 9, Antwerpen, Kluwer, 1990, 74-77 en 80; PIETERS, D., *Sociale grondrechten op prestaties in de grondwetten van de landen van de Europese Gemeenschap*, 96; SENAËVE, P. en SIMOENS, D., *O.C.M.W.-dienstverlening en bestaansminimum*, Brugge, Die Keure, s.d., nrs. 5-7bis.

⁶⁹ Hetzelfde kan overigens worden gezegd van de contractuele vastlegging van bepaalde rechten.

⁶¹ Wel dient erop te worden gewezen dat de wetgever aan de RSZ de bevoegdheid tot het sluiten van dadingen heeft verleend (art. 11 R.S.Z.-Wet).

⁶² K.B. 25 januari 1991 tot wijziging van het koninklijk besluit van 19 december 1967 houdende algemeen reglement in uitvoering van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, *B.S.*, 26 april 1991.

⁶³ Voor een overzicht van diverse technieken waarmee de mens beveiliging nastreeft, zie VAN LANGENDONCK, J., *Handboek sociaal zekerheidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 16-37.

1° Op weg naar een grondrecht op sociale zekerheid

Een aantal internationaalrechtelijke bepalingen kennen de burger een recht op sociale zekerheid toe, maar genieten geen rechtstreekse werking. De Belgische Staat vervult zijn daaruit voortvloeiende volkenrechtelijke verplichtingen niet door de invoering van nationale grondrechten op sociale zekerheid die geen onmiddellijke uitwerking zullen hebben⁷⁰ en slechts aan de overheid de verplichting zullen opleggen, bij wege van wetgeving of anderszins sociale-zekerheidsvoorzieningen te treffen zonder aan dat domein van de overheidszorg overigens een budgettaire prioriteit te verlenen.

Daarenboven kan ook de concrete inhoud van het sociale-zekerheidsbeleid, naar algemeen wordt aangenomen, niet eenduidig uit zodanige grondrechtsnorm worden afgeleid⁷¹. Een louter tekstuele interpretatie van het grondrecht, als instructienorm, biedt een onvoldoende grondslag voor de normering van het overheidsbeleid op het vlak van de sociale zekerheid.

Aan het grondrecht op sociale zekerheid wordt een uitgesproken politiek-juridisch karakter toegemeten, omdat het sociale-zekerheidsbeleid en -instrumentarium voornamelijk langs politieke weg, met verdiscontering van tal van belangen, gestalte wordt gegeven. Een rechtstreeks positief of negatief verband tussen grondrechten op sociale zekerheid en de omvang en het niveau van de sociale prestaties en de sociale voorzieningen kan niet worden gelegd, onder meer omdat grondrechten op sociale zekerheid, als zogenaamde infrastructuurnormen, zich vaak beperken tot het vastleggen van wat reeds bestond. De overheid geniet in dezen een ruime beleidsvrijheid die haar bijvoorbeeld toestaat de sociale zekerheid te privatiseren en haar niet verplicht de sociale voorzieningen primair uit algemene middelen te financieren. De progressieve implementatie van het grondrecht op sociale zekerheid loopt niet noodzakelijk over rechtlijnige of onomkeerbare paden. Dat relativeert in ieder geval het belang dat grondrechten op sociale zekerheid voor de meeste burgers kunnen vertonen, maar neemt niet weg dat ze voor sommigen een belangrijke betekenis kunnen hebben. Al is ook de hoogte van het concrete minimumniveau van de te allen tijde te waarborgen sociale-zekerheidsvoorzieningen in zekere mate onderhevig aan een politieke belangenafweging, de beleidsvrijheid van de overheid mag geen afbreuk doen aan het vereiste van het minimumniveau zelf.

Een strikt intern-juridische benadering van de verwezenlijking van het grondrecht op sociale zekerheid kan nochtans noodzakelijk worden geacht om te voorkomen dat het terugdringen van het financieringstekort als centrale beleidsoelstelling elke inhoudelijke analyse van maatschappelijke ontwikkelingen en beleidsvraagstukken blijft smoren, de maatschappelijke functionaliteit van de sociale zekerheid belemmert en aldus de legitimiteit ervan steeds meer ondergraaft.

⁷⁰ Zie het verslag van de commissie voor de herziening van de Grondwet en de hervorming der instellingen (*Gedr.St., Senaat, B.Z.* 1991-92, nr. 100-2/4°).

⁷¹ Materiële sociale rechten draaien soms uit op een uitwerking tegengesteld aan de bedoelingen van de protagonisten ervan. Formele sociale rechten kunnen een erg positieve bijdrage leveren tot de uitbouw van het sociaal recht en bijvoorbeeld leiden tot het principe van de polyvalentie van aanvragen.

De beperkingen van het gegeven budget nopen steeds meer tot een zoektocht naar de grondslagen en leidende principes van een sociale zekerheid voor de eenentwintigste eeuw waarin zuiver economische overwegingen niet langer mogen bepalen welke behoeften door het sociale-zekerheidsinstrumentarium dienen te worden gedekt, maar slechts welke behoeften het eerst worden gedekt⁷².

Grondrechten dienen de differentiatie van de samenleving te waarborgen door essentiële bereiken af te schermen van directe beïnvloeding vanuit andere bereiken. Het wordt mogelijk geacht in de achterliggende rechtsbeginselen van de sociale grondrechten het silhouet van een programma voor het sociale-zekerheidsbeleid van wetgever en bestuur te ontwaren, op grond daarvan aan de overheid de verplichting op te leggen dat zij, gegeven bepaalde sociaal-economische en politieke omstandigheden, verantwoording kan afleggen van de normatieve uitgangspunten waarop zij haar beleid baseert en uitvoert, en aldus de rechtsplicht van de overheid tot het uitbouwen van een sociale-zekerheidsinstrumentarium aan te scherpen. Het gelijkheidsbeginsel kan bijvoorbeeld de toepassingsmodaliteiten van de sociale grondrechten beïnvloeden. Het blijft daarbij moeilijk het ware perspectief van de handhaving van het grondrecht op sociale zekerheid bij wege van jurisprudentie te achterhalen, al zijn precies rechterlijke uitspraken waarin sociale grondrechten worden gekoppeld aan de norm van gelijke behandeling markante voorbeelden van gevallen waarin jurisprudentie de normatieve werking van sociale grondrechten kan versterken⁷³.

D. Pieters geeft ter overweging, veeleer dan een plechtige proclamatie van sociale grondrechten, een bepaling tot invoering van sociale basisrechten op te nemen in de Belgische Grondwet. De inhoudelijke discussie kan dan worden verschoven naar de stemming over de, met bijzondere meerderheid goed te keuren en toch makkelijker aan te passen, basiswet die het sociale-zekerheidsrecht toch beter dan de gewone wetgeving zou kunnen beschermen tegen de wisselvalligheden van het politieke tij en tegen sluikse afbraak in tijdelijke of crisiswetten⁷⁴.

Luidens artikel 4 van de wet van 29 juni 1981 hebben de sociaal verzekerden onverminderd de geldende internationale overeenkomsten en binnen de grenzen van de geldende wetgeving recht op de sociale zekerheid waarvan de beginselen in de daaropvolgende bepalingen van de wet worden opgesomd en nader bij wet dienen te worden uitgewerkt. In afwachting wordt de bestaande wetgeving toegepast⁷⁵. Die

⁷² PIETERS, D., *Sociale-zekerheidsrechtsvergelijking ten dienste van Europa*, 24-25; VAN REGENMORTEL, A., o.c., 156-167.

⁷³ BURKENS, M.C., *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 238 pp. DE RUITER, P., «De betekenis van sociale grondrechten voor het sociale zekerheidsrecht», *Fundamentele rechten en sociale zekerheid*, Deventer, Kluwer, 1992, 15-27; PIETERS, D., *Sociale grondrechten op prestaties in de grondwetten van de landen van de Europese Gemeenschap*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 549 pp.; VAN DER LINDEN, H., «Recht op arbeid, recht op scholing? Een grondrechtelijke benadering van het werkgelegenheidsbeleid van de overheid», *Sociaal Recht*, 1992, 300-308.

⁷⁴ PIETERS, D., *Sociale grondrechten op prestaties in de grondwetten van de landen van de Europese Gemeenschap*, 146.

⁷⁵ Artt. 4, 33 en 40 Algemene Beginselenwet Sociale Zekerheid.

wettelijke proclamatie van de fundamentele rechten der werknemers inzake sociale zekerheid sorteert geen onmiddellijke juridische gevolgen. Aangezien bovendien de wetgever zichzelf niet kan binden met het oog op de nadere uitwerking van de opgesomde beginselen, kan zelfs de zienswijze van de Raad van State dat de artikelen 5 tot 13 van de wet geen rechtsnormen bevatten worden bijgevalen ⁷⁶.

2° Effectiviteit van het recht als sociale-zekerheidsinstrument

De juridische formulering van sociale-zekerheidsrechten ontslaat de samenleving allereerst niet ervan de economische ruimte voor de sociale zekerheid elke dag weer te verdienen ⁷⁷. Het stijgend aantal personen dat een beroep op diverse sociale-zekerheidsregelingen doet, jaagt de uitgaven in een sneller tempo dan de sociale-zekerheidsbijdragen en rijkstegemoetkomingen de hoogte in. De wetgever poogt het bestaan van de sociale-zekerheidsregelingen met diverse maatregelen in veiligheid te brengen ⁷⁸.

Hoewel wordt aangenomen dat de welvaartsstaat in eerste instantie is voortgevloeid uit wetgeving waaraan het vermogen is toegeschreven om bewust nagestreefde maatschappelijke veranderingen op sociaal, economisch en cultureel terrein te bewerkstelligen, bestaat thans bovendien enige twijfel over de vraag of met sturende wetgeving nog op efficiënte of adequate wijze kan worden ingespeeld op de problemen van een complexe samenleving ⁷⁹.

⁷⁶ PIETERS, D., «De algemene beginselen : een kritische analyse», *Beginselenwet Sociale Zekerheid Werknemers*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 53-63. De stelling van D. Pieters dat de Koning in geval van strijdigheid tussen de algemene beginselen en een of andere sociale-zekerheidswet niet reglementerend kan optreden, lijkt mij in strijd met de bepalingen van de Algemene Beginselenwet zelf. Bovendien zijn de geformuleerde beginselen zo vaag dat ze mijns inziens evenmin enig noemenswaardig houvast bieden aan de sociale-zekerheidsinstellingen en de rechters (*contra* : VIAENE, J., «De betekenis van het ontwerp van wet houdende algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers», *R.W.*, 1980-81, 2149).

⁷⁷ DOUBEN, N., «Sociale zekerheid als economisch verschijnsel», *Sociaal en zeker*, Deventer, Kluwer, 1986, 286; SCHULTE, B., *l.c.*, nr. 14.

⁷⁸ Als kenschetsende voorbeelden van maatregelen die geen «fire pissing» meer kunnen worden genoemd, gelden de mogelijkheid een voltijds financieel intendant te belasten met het beheer van de ter financiering van de pensioenregeling der werknemers ingezamelde fondsen en het verzet van de wetgever tegen de poging van sommige plaatselijke overheidsdiensten om een deel van hun huidige personeelsleden over te hevelen naar onder een andere en goedkopere pensioenregeling ressorterende overheidsdiensten en zich aldus te onttrekken aan de solidariteit binnen de duurdere pensioenregeling die de pensioenen van hun gewezen personeelsleden ten laste moet blijven nemen (artt. 66, 67 en 74-77 van de wet van 30 december 1992 houdende sociale en diverse bepalingen, *B.S.*, 9 januari 1993). De wetgever moest daarbij ook oog hebben voor de leefbaarheid van privaatrechtelijke sociale voorzieningen en diende bijvoorbeeld de controle op pensioenfondsen en ziekenfondsen te verstevigen.

⁷⁹ Al lijkt een verbetering van de positie van door financiële bestaanonzekerheid bedreigde of getroffen personen nog mogelijk, toch lijken bijvoorbeeld de verticale herverdelingsmechanismen van de sociale zekerheid die haar brede legitimiteit aan een veelheid van rationaliteiten ontleent, de grenzen van hun doeltreffendheid

Erger wordt het, wanneer het recht zelf tot sociale onzekerheid leidt. Zo rijst de vraag of het vermoeden van arbeidsongeschiktheid dat aan de pensioenwetgeving ten grondslag ligt, en het daaruit voortvloeiende ontoereikende aanbod van flexibele pensioenvormen geen gezondheidsschade bij arbeidsgeschikte gepensioneerden veroorzaken ⁸⁰. De hoge sociale-zekerheidsbijdragen zouden de arbeidskostprijs opdrijven en aldus de werkloosheid naar recordhoogten stuwen. Hoewel weinig bekend is over de omvang en lokalisatie van het probleem van de «non-take up», wordt aangenomen dat een niet te verwaarlozen aantal personen de sociale uitkeringen waarop zij recht hebben, niet of slechts ten dele ontvangen wegens het stigmatiserend karakter van het bestaansmiddelenonderzoek of wegens hun onvoldoende kennis van en vertrouwdheid met de complexe regelgeving ⁸¹.

Sociale zekerheid zou «moral hazard» veroorzaken, in zoverre de sociaal verzekerden worden aangemoedigd niet langer te werken dan strikt noodzakelijk is omwille van de genoten combinatie van vrije tijd en vervangingsinkomens of wegens de «unemployment trap» of de «poverty trap» ⁸². Het ligt zeker niet in de bedoeling van de wetgever dat gerechtigden op het bestaansminimum zich installeren in een situatie van permanente hulp. Dat rechtvaardigt echter nog niet de beslissing om het bestaansminimum slechts voor een a priori beperkte periode toe te kennen ⁸³.

B. Sociale zekerheid door sociale verzekeringen

Het sociale-zekerheidsbeleid zou bij voorrang op preventie van menselijke schade moeten zijn gericht. Schade die niet kan worden voorkomen, dient vervolgens zo vlug mogelijk te worden hersteld ⁸⁴ en alleen niet-herstelbare schade dient ten slotte te worden vergoed.

om diverse redenen om zo te zeggen te hebben bereikt (CANTILLON, B., «De verzadigde sociale zekerheid», CSB-berichten, Antwerpen Ufsia 1992, 31 pp). Anderzijds bestaat de grootste onduidelijkheid over de vraag welke effecten maatregelen en programma's ter bevordering van de werkgelegenheid kunnen hebben.

⁸⁰ VIAENE, J., e.a., *o.c.*, 26.

⁸¹ CANTILLON, B., «De verzadigde sociale zekerheid», 7-8; DELECK, H., BERGHMAN, J., VAN HEDDEGEM, P. en VERRYCKEN, L., *De sociale zekerheid tussen droom en daad*, Deventer, Van Loghum Slaterus, 1980, 72.

⁸² NICAISE, I., «Recht op arbeid, recht op inkomen en de armoedeproblematiek», *Actuele uitdagingen van de sociale zekerheid*, I, Brugge, Die Keure, 1990, 202; PARKER, H., 'Onwards from Beveridge. Labour market effects of worktested benefits and their replacement by Citizen's Incomes», *Reforms in Eastern and Central Europe*, EISS Yearbook 1992, Leuven, Acco, 1993, 344.

⁸³ FIERENS, J., «Le droit au minimex pour les personnes sans abri : un rêve à durée déterminée ?» (noot onder Arbrb. Brussel, 29 juni 1992), *Soc. Kron.*, 1993, 181.

⁸⁴ De schadelijke gevolgen van werkloosheid nemen samen met de duur van de werkloosheid toe. De verdere ontwikkeling van de langdurige werkloosheid lijkt echter zeer moeilijk te kunnen worden gestuit. Werklozen moeten derhalve meteen, vooraan de werkloosheid een probleem wordt, alle nuttige maatregelen tot weder tewerkstelling kunnen genieten (ALALUF, M., e.a., «La politique de l'emploi et la gestion du chômage», *De werkloosheidsverzekering in de jaren negentig*, Universitaire Pers, Leuven, 1992, 102-196).

Financiële tegemoetkomingen zijn vaak een ondoeltreffend hulpmiddel, maar worden in andere gevallen geacht beter het zelfbeschikkingsrecht van de rechthebbende te eerbiedigen. Zo wordt voorgesteld om ten aanzien van invalide bejaarden het vergoedingsbeleid enigszins om te buigen tot bijvoorbeeld hulp aan gehandicapte ouderen, woningaanpassing of organisatie van bewaking en wordt, volledig terecht, een anti-discriminatiebeleid dat de samenleving dwingt zich zo te organiseren dat mensen met beperkingen volwaardig kunnen functioneren gevraagd. Anderzijds wordt gepleit voor een individueel recht op een integratietegemoetkoming aan ieder die kosten moet maken om een normale sociale rol te kunnen vervullen. In afwachting van voldoende wetenschappelijk studiemateriaal over de exacte meerkosten van elk type van handicap moet noodgedwongen van een forfaitaire evaluatiemethodiek gebruik worden gemaakt ⁸⁵.

Alleen de zogenaamde «primaire» preventie is daadwerkelijk op de voorkoming van toekomstige menselijke schade gericht. «Secundaire» preventie beoogt immers een zo vlug mogelijk herstel van de schade, terwijl «tertiaire» preventie een verergering van reeds opgelopen schade tegengaat ⁸⁶. Sociale-zekerheidsuitkeringen bij verlies van arbeidsinkomen dienen vanuit dat oogpunt het niveau van minimumuitkeringen te overtreffen om aldus een terugval vanuit een hoger niveau tot armoede te voorkomen ⁸⁷.

De verzekeringstechniek is de vorm van voorzorg waarbij vóór het ontstaan van schade van een actuele en bekende beschikbaarheid wordt afgezien om een toekomstige, doch mogelijkerwijze bedreigde beschikbaarheid te garanderen en die door het noodzakelijke beroep op derden waarborgen biedt tegen de gevolgen van risico's die de mens als individu niet kan of wil dragen.

De sociale verzekering is ontstaan uit de idee om de verzekeringstechniek aan te wenden voor de bescherming tegen een aantal zogenaamde «sociale risico's» ⁸⁸. Hoewel de sociale verzekering zich van de gewone verzekering onderscheidt door een grotere toegankelijkheid voor de slechte risico's en voordeligere verzekeringsvoorwaarden voor een

ruime kring begunstigden ⁸⁹, is de sociale verzekering met dezelfde gebreken als de gewone verzekering behept: de verwezenlijking van het risico wordt in principe niet voorkomen, de aandacht wordt voornamelijk op een financiële vergoeding van de schade gericht en de schade wordt vaak op onvolkomen wijze vergoed. Zoals hierna wordt toegelicht, wordt veeleer de zekerheid van de verzekering dan van de mens beoogd.

1° Mazen in het vangnet van de sociale verzekeringen

De kritiek op de analytisch opgevatte sociale verzekeringen groeit tegelijk met het besef dat wie niet voldoet aan de omschrijving van een der wettelijk erkende sociale risico's, ongeacht de ernst van de behoefte of de geleden schade, door de mazen van het net valt en dat terzelfder tijd een groot aantal anticumulatiebepalingen niet volstaan om elk gevaar voor oververgoeding te bezweren.

De vraag rijst hoelang het model van de voltijdse en stabiele beroepsactiviteit van de enige kostwinner in het gezin nog de inspiratiebron kan zijn van de diverse sociale verzekeringen waartoe zij de toegang opent en waarin zij de omvang van de verleende voordelen bepaalt ⁹⁰. Weliswaar is de band tussen beroepsarbeid en sociale-verzekeringsrechten veel elastischer geworden. In bepaalde gevallen worden personen die niet tot de beroepsbevolking worden gerekend, in de kring van de sociaal verzekerden opgenomen of strekt de dekking zich uit tot wettelijk bepaalde perioden van inactiviteit die met de uitoefening van een beroepsactiviteit worden gelijkgesteld. De toekenning van beperkte sociale-zekerheidsprestaties aan velerlei deeltijdse en atypische werkers kan echter steeds moeilijker worden gelegitimeerd in een samenleving waarin de roep om flexibele arbeidskrachten en arbeidsherverdeling steeds meer gehoor vindt.

De gezinsmodalisering van de sociale-verzekeringsprestaties en de toekenning van afgeleide rechten aan de personen ten laste van de kostwinner vernauwen de mazen, maar dichten ze niet. Het aan echtscheiding, afwezigheid of overlijden te wijten verlies van het inkomen van de kostwinner wordt immers slechts gedeeltelijk of niet voor iedereen als verzekerd sociaal risico erkend ⁹¹.

Het is nog niet uitgemaakt of de verhoging van uitkeringen wegens het bestaan van een partner ten laste die om emancipatorische overwegingen wordt aangevochten, de toets aan het verbod van indirecte discriminatie voor vrouwen kan doorstaan. Dat een substantiële verbetering van de bescherming bij echtscheiding het echtscheidingsgedrag en de verafhankelijkheid van de sociale zekerheid kan beïnvloeden, mag de overgang van een gezinsgemodiseerd uitkerings-

⁸⁵ Huys, J., «Gehandicaptenbeleid in de toekomst. Een testcase voor de verzoening tussen vrijheid en zekerheid», *De Sociale Zekerheid Her-Dacht*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 51-56; VIAENE, J., e.a., o.c., 57-58.

⁸⁶ De overheid wordt steeds meer geconfronteerd met het probleem van de uitzaaiing van de schade door de hele maatschappij heen. Het langdurige gebrek aan arbeidsmogelijkheden bij grote bevolkingsgroepen dreigt bijvoorbeeld het maatschappelijke leven te ontwrichten. Er dient gezocht te worden naar middelen om het sociale-zekerheidsbeleid nauwer te doen aansluiten bij de menigvuldige sociale beveiligingsacties die nu buiten haar om, bijvoorbeeld via het arbeidsveiligheidsrecht, moeten worden gevoerd (VIAENE, J., «Sociale zekerheid voor een egocentrische maatschappij», *Sociale Zekerheid Her-Dacht*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 103-105).

⁸⁷ Zie VAN REGENMORTEL, A., o.c., 502 pp.; VIAENE, J., e.a., o.c., 120 pp.

⁸⁸ Het predikaat «sociaal» wordt aan de term «risico» gekoppeld, nu eens wegens de aard van het risico, dan weer rekening houdend met de gevolgen van de verwezenlijking van het risico of de kring van personen die bij de verwezenlijking van het risico worden getroffen.

⁸⁹ Inzake solidariteit in sociale verzekeringen kan worden verwezen naar VAN VORSELEN, L., *Solidariteit en pensioen*, Deventer, Kluwer, 1993, 1-47.

⁹⁰ Het mag niet uit het oog worden verloren dat de toekenning van minimumuitkeringen door de sociale verzekeringen vaak wordt voorbehouden aan degenen die van een zekere beroepsactiviteit kunnen getuigen.

⁹¹ Zie onder meer HOLTMAAT, R., *Met zorg een recht? Een analyse van het politiek-juridisch verzoek over bijstandsrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, 394 pp.; VAN EECKHOUTTE, W., *Het personen- en familierechtelijk statuut in het sociale zekerheidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 283.

systeem naar een systematische individualisering van uitkeringsrechten dank zij een nieuwe invulling dan wel het verlaten van het in de sociale zekerheid gehanteerde arbeidsbegrip niet in de weg staan. Veeleer komt het erop aan de nodige zorg te besteden aan degelijk uitgewerkte en uitgeteste overgangsregelingen en te voorkomen dat steeds minder normatief bepaalde keuzen inzake huwelijk, echtscheiding en hertrouw aanleiding geven tot berekend gedrag en oneigenlijk gebruik van sociale-zekerheidsprestaties. De sociale zekerheid moet zich zo neutraal mogelijk opstellen ten aanzien van de diverse samenlevingsvormen en wellicht zoveel mogelijk gebruik maken van gemodificeerde individuele rechten die zowel de individuele zelfstandigheid als de gezinssolidariteit tot hun recht doen komen ⁹².

Het verlies van arbeidsinkomen als indirecte kosten van de opvang van kinderen of andere afhankelijke personen wordt steeds meer als een nieuw sociaal risico onderkend, omdat het tweeverdienerschap in onze samenleving veeleer regel dan uitzondering is geworden en in vele gevallen overigens onontbeerlijk is voor de bestaanszekerheid van het gezin. Gezinsbijslagen compenseren de indirecte kosten van kinderen niet, maar werkloosheidsuitkeringen worden in een aantal gevallen oneigenlijk gebruikt als tegemoetkoming aan thuisblijvende moeders ⁹³.

Ten gevolge van zowel de individuele als de collectieve veroudering van de bevolking wordt de tegemoetkoming aan de zorgbehoefte van bejaarden een maatschappelijk vraagstuk dat de hele gemeenschap aanbelangt ⁹⁴. De vraag rijst of de over diverse wetgevingen en sociale verzekeringen verspreid liggende maatregelen niet dienen te worden geïntegreerd in een sociale-zekerheidsbeleid dat poogt een antwoord te bieden op de afhankelijkheidssituatie van alle zorgbehoevende personen.

Het materiële en personele toepassingsgebied van de internationale en Europese coördinatieregelingen ten behoeve van grensoverschrijdende personen vertonen nog belangrijke leemten ⁹⁵. De techniek van de, door tal van nationale obsessies uiterst bemoeilijkte, coördinatie van ingewikkelde nationale wetgevingen dreigt niet te volstaan om grensoverschrijdende personen (een gevoel van) sociale zekerheid te verschaffen ⁹⁶.

⁹² VAN BUGGENHOUT, B., «Individualisering en gezinsmodalisering. Technieken van gezinsmodalisering en elementen voor een vernieuwd beleid», *Actuele uitdagingen voor de sociale zekerheid*, Brugge, Die Keure, 1990, 156.

⁹³ DELEECK, H., «Doelmatigheid van de sociale zekerheid», *Actuele uitdagingen van de sociale zekerheid*, Brugge, Die Keure, 1990, I, 78-79.

⁹⁴ Zie BERTELS, J. en COQUYT, W., «Niet-zelfredzaamheid van bejaarden: een nieuwe uitdaging?», *De Sociale Zekerheid Her-Dacht*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 61-76.

⁹⁵ Hetzelfde geldt ten aanzien van de wetbepalingen die beogen te voorkomen dat interne of grensoverschrijdende arbeidsmobiliteit aanvullende sociale-zekerheidsvoordelen in het gedrang brengt (VERRETH, K., «De invloed van arbeidsmobiliteit op aanvullende pensioenvoordelen», in *Arbeidsmobiliteit en sociale verzekeringen*, Brugge, Die Keure, 1992, 30-54).

⁹⁶ LASKE, C., «The impact of the single european market on social protection for migrant workers», *C.M.L.R.*, 1993, 515-545; PIETERS, D., «Social security, taxation and European integration», *Social Security, Taxation and Europe*, Antwerpen, Maklu, 1993, 235-

2° Onvoldoende preventieve maatregelen en herstelacties

De sociale verzekeringen zijn nog steeds in eerste instantie gericht op inkomenszekerheid en de toekenning van financiële vergoedingen. Dat de intrede van bepaalde sociale risico's niet altijd of onmiddellijk het verlies van arbeidsinkomen tot gevolg heeft, verklaart wellicht mede dat bovendien aan herstel meer aandacht wordt geschonken dan aan preventie van schade. Het aanbod van preventieve maatregelen is vrij beperkt en vaak slechts een middel tot ondersteuning van de schadeloosstellingsfunctie ⁹⁷.

Toch dienen enige preventieve doelstellingen of gevolgen van het bestaande sociale-zekerheidsinstrumentarium te worden erkend. Gezinsbijslagen voorkomen in vele gevallen dat het gezin bij uitbreiding met bestaansonzekerheid wordt getroffen. Rustpensioenen vrijwaren tot op zekere hoogte voor de keuze tussen een versnelde bedreiging van de gezondheid en een verval tot armoede. De Arbeidsongevallenwet belast het Fonds voor Arbeidsongevallen met de organisatie van een preventiebeleid en bevat ook andere preventiemaatregelen, zoals de verplichting tot aangifte van de arbeidsongevallen, de oprichting van een centrale gegevensbank of de afstemming van de premie op het risico.

Preventie wordt echter niet op veralgemeende wijze als een rechtens afdwingbare prestatie aangeboden en grijpt zelden op de omgeving van de burger in, zoals op trekkende wijze wordt geïllustreerd door de mogelijkheid tot verwijdering uit het schadelijk arbeidsmilieu die enkel geldt voor werknemers die getroffen of bedreigd zijn door een erkende beroepsziekte, geen enkele waarborg op latere wedertewerkstelling biedt en bovendien het risico van de arbeidspost laat voortbestaan.

Tegenover de zekerheid dat menselijke schade nooit volledig kan worden voorkomen en de verwachting dat een opgedreven preventiebeleid het massale beroep op de sociale zekerheid niet substantieel zal terugdringen ⁹⁸, staan het gegeven dat elke preventieve actie uit haar aard onzekere uitkomsten heeft en de waarschuwing dat een efficiënte preventie de bewijzen van haar eigen doeltreffendheid vernietigt. Preventie moet voorrang genieten, al zou het in kaart brengen van de omvang en effectiviteit van herstelacties en van preventieve actievormen de inefficiëntie van de huidige beleidsopties en de haalbaarheid van beleidsalternatieven helpen aangeven ⁹⁹.

Herstelmaatregelen streven op hun beurt soms al te eenzijdig het professionele herstel na en grijpen eveneens te weinig op de omgeving van de betrokkene in ¹⁰⁰. Het kan slechts worden betreurd dat wie dank zij bijkomende uitgaven of extra-inspanningen zijn gezondheidsniveau of dat van zijn kind kan optrekken, het recht op integratievergoeding, hulp van derden of bijkomende kinderbijslag verliest, ook al

250; VAN RAEPENBUSCH, S., *La sécurité sociale des travailleurs migrants en droit européen*, Brussel, Story, 1991, 575 pp.

⁹⁷ Zie VAN REGENMORTEL, A., o.c., 502 pp.

⁹⁸ VAN VOORDEN, W., «Preventie in de sociale zekerheid. Mooi perspectief of ongepaste pretentie», *S.M.A.*, 1991, 518.

⁹⁹ Zo behoeft de overheid meer informatie over het effect van opleiding op de mogelijkheden tot tewerkstelling.

¹⁰⁰ Tegemoetkomingen tot aanpassing van de arbeidspost verdienen de voorkeur boven loutere subsidies aan bedrijven die gehandicapte werknemers in dienst nemen.

RECHTS(ON)ZEKERHEID IN MATERIEEL EN FORMEEL STRAFRECHT EN STRAFRECHTELIJK LEGALITEITSBEGINSEL

I. INLEIDING

1. Het is langzamerhand een gemeenplaats geworden ons voor te houden dat de justitie in het algemeen en de strafrechtsbedeling in het bijzonder op dit ogenblik in een zware crisis verkeren. Deze crisis uit zich vooral in de vorm van een gebrek aan vertrouwen van de burger in het gerechtelijk apparaat, wat op zijn beurt een gevolg is van een aantal mislukkingen met betrekking tot enkele concrete dossiers. Het is van het allergrootste belang dit gevoel van onvrede met de justitiële gang van zaken grondig te analyseren alvorens eventuele hervormingen aan te vatten. Overhaaste en ondoordachte partiële aanpassingen van de wetgeving zijn niet in staat dit vage en niet steeds eenduidige gevoel van onvrede bij de burger weg te nemen¹. De indruk bestaat immers dat de kritiek op het functioneren van de justitie niet in de eerste plaats te maken heeft met de kwaliteit van onze wetgeving doch wel met het concrete falen in bepaalde dossiers, wat in grote mate een gevolg is van een gebrek aan middelen en infrastructuur. Nochtans mogen de debatten over kredieten en middelen voor de justitie in ons land de indruk niet wekken dat met meer middelen alle problemen van de justitie opgelost zullen zijn. De kwaliteit van de strafwetgeving dient ook nauwkeurig te worden gevolgd aangezien de wetgeving de toegang tot het strafrechtelijk handhavingsapparaat normeert en bijgevolg bepaalt of de capaciteit van de justitie voldoet aan de actuele noden.

Deze bijdrage handelt dan ook niet in de eerste plaats over de concrete capaciteitsproblemen waarmee de justitie op dit ogenblik worstelt. Het is wel de bedoeling enkele tendensen in de huidige wetgeving te toetsen aan een fundamenteel beginsel van onze rechtsstaat, namelijk het legaliteitsbeginsel. Deze nauwelijks te overschatten rechtswaarde wordt bovendien in verband gebracht met het meer recent begrip van de rechtszekerheid, dat eveneens in de actuele discussies een grote rol speelt. Tegelijk met de verwijten aan het adres van de justitie klinkt immers de wens naar meer rechtszekerheid. Het is hierbij niet onmiddellijk duidelijk welk verband tussen beide begrippen bestaat. Wel staat vast dat de kritiek op de justitie verband houdt met structurele problemen terwijl de rechtszekerheid als begrip veeleer verband houdt met de stand van de strafwetgeving op zich. Dit laatste probleemgebied van het strafrecht maakt het onderwerp van deze bijdrage uit.

2. De vaststelling van het bestaan van een dubbele crisis van het strafrecht is niet nieuw en is evenmin beperkt tot

het eigen land. Radzinowicz vestigde er in 1975 de aandacht op dat het woord «crisis» in het strafrecht niet nieuw is en dat sedert de dertiger jaren meermaals – terecht – dit woord in de mond werd genomen. Tevens onderkent hij dat dit woord steeds een dubbele betekenis heeft: «Le mot crise semble toujours avoir un double sens: nous parlons simultanément de quelque valeur éthique, ou de l'équité, et de quelque valeur pratique ou de l'efficacité. Les deux sont étroitement entrelacées: quand l'une semble prête à s'effondrer, nous nous retournons vers l'autre. Et cependant elles paraissent souvent être en conflit, l'importance attachée à l'une sapant l'autre. Cela est en particulier vrai en ce qui concerne la justice criminelle et le contrôle du crime»². Met de nauwe verbondenheid tussen de ethische en praktische aspecten van de strafrechtsbedeling voor ogen zal dan ook in het navolgende worden nagegaan op welke manier in het hedendaagse strafrecht wordt omgegaan met het legaliteitsbeginsel en hoe een antwoord wordt gegeven op de behoefte aan rechtszekerheid. Hierbij is het duidelijk dat de ontwikkeling van onze samenleving met haar toenemende complexiteit een invloed uitoefent op de toepassing van deze beginselen.

II. HET LEGALITEITSBEGINSEL

A. Algemeen

3. Het legaliteitsbeginsel staat de laatste jaren niet meer zo sterk in de actualiteit van het juridisch gebeuren doch vormt ongetwijfeld één van de pijlers van het recht. In het domein van het strafrecht is dit zeker het geval aangezien de gevolgen van het strafrechtelijk ingrijpen van de overheid – oplegging van een straf – aan dit beginsel een bijzondere dimensie verlenen. De adagia «nullum crimen sine lege» en «nulla poena sine lege» bepalen immers de grenzen van het mogelijk straffend optreden van de overheid tegenover de individuele burger. In deze optiek raakt het legaliteitsbeginsel dan ook de kern van de rechtsstaat of de «rule of law». Waar de uitwerking van dit beginsel de invloed ondergaat van de tijd en de juridische cultuur in een bepaalde periode en zodoende veranderlijk is, dient nochtans aandacht te worden geschonken aan de ontstaansgeschiedenis van dit beginsel. De actualiteit van het beginsel dient te worden geëvalueerd aan de hand van de wortels van het principe en niet aan de hand van de concrete uitwerking ervan in de loop der jaren.

¹ De analyse van de bij de bevolking levende gevoelens omtrent de justitie is niet eenvoudig en men dient er zich voor te hoeden hieruit al te eenzijdige conclusies af te leiden (DURHAM III, A., «Public opinion regarding sentences for crime: does it exist?», *Journal of criminal justice*, 1993, 1-11).

² RADZINOWICZ, L., «Les crises répétées de la justice pénale», in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, II, Parijs, Pedone, 1975, 229-239.

B. Ontstaan van het legaliteitsbeginsel

4. Het staat vast dat het legaliteitsbeginsel historisch gezien van vrij recente datum is. In elk geval bestond er reeds geruime tijd wetgeving met een algemene draagwijdte op het ogenblik dat het legaliteitsbeginsel zich is komen manifesteren. Het beginsel is ook geen gegeven dat plotseling als een vaststaand gegeven is verschenen en onmiddellijk aanvaard is.

Historisch is het legaliteitsbeginsel gegroeid uit een maatschappelijke strijd tussen verschillende groepen in de samenleving. Het legaliteitsbeginsel is dan ook geen wezenlijk juridisch doch wel een essentieel politiek beginsel.³ De evolutie van de maatschappelijke verhouding door de geschiedenis heen heeft aan dit beginsel de vorm gegeven die het nu heeft.⁴ Een eerste aanwijzing van het legaliteitsbeginsel kan worden teruggevonden in een passage van de Magna Carta uit 1215.⁵ Meer dan inhoudelijk – eigenlijk handelde de tekst over het recht om door zijns gelijken te worden beoordeeld – is vooral de manier waarop deze tekst tot stand is gekomen van belang.

Het legaliteitsbeginsel komt uiteindelijk tot zijn volle ontplooiing in het begin van de tweede helft van de achttiende eeuw, wanneer de verlichte filosofen (Montesquieu, Voltaire, Rousseau en Beccaria) kritiek uiten op het Ancien Régime.⁶ Vooral Beccaria verhief het legaliteitsbeginsel tot een dogma en stelde dat alleen de vertegenwoordigers van de gemeenschap, de wetgever, bevoegd waren strafwetten uit te vaardigen en de straffen te bepalen. De formulering van het beginsel als reactie tegen de heersende willekeur paste in de opzet zowel de individuele vrijheid beter te waarborgen als de rechtszekerheid te bevorderen. Bij de Franse Revolutie in 1789 en in de daaropvolgende jaren van wetgevende arbeid speelde het legaliteitsbeginsel een primordiale rol. De beslissende doorbraak en erkenning van het principe van de legaliteit is zodoende het gevolg geweest van een politieke strijd tussen een bevolkingsgroep en het heersende gezag. Het legaliteitsbeginsel werd niet nagestreefd omwille van de formele wettelijkheid op zich doch vooral om via het wetgevingsproces de maatschappelijke organisatie te wijzigen. Het beginsel maakte deel uit van een omvattende

hervormingsbeweging waarvan het strafrecht een onderdeel was en dient dan ook in deze context te worden beschouwd.

Dupont merkt terecht op⁷ dat het legaliteitsbeginsel in de opvatting van de verlichte denkers steeds gekoppeld werd aan de idee van het sociaal contract. De eis van legaliteit staat bijgevolg niet los van de legitimiteit van de wetgevende instantie. Beccaria is in dit verband zeer expliciet: «Het eerste gevolg van deze grondbeginselen is dat alleen de wetten de straffen mogen bepalen, die op de misdaden gesteld worden. Dit recht kan niemand anders bezitten dan de wetgever, die de gehele maatschappij, *verbonden in het maatschappelijk verdrag*, vertegenwoordigt.»⁸ Net zoals het legaliteitsbeginsel niet gereduceerd mag worden tot een louter formeel en neutraal begrip, dient ook voor ogen te worden gehouden dat dit beginsel meer dan één dimensie bezit. Het legaliteitsbeginsel beoogt immers méér dan alleen de bescherming van de burger tegen de arbitraire machtsuitoefening van de overheid.⁹ Bij de beoordeling van de huidige implicaties van het legaliteitsbeginsel dient eveneens met andere aspecten ervan dan alleen maar de verhouding van de burger tot de overheid rekening te worden gehouden.

Na de Franse Revolutie heeft het legaliteitsbeginsel in verschillende wetgevende teksten en verklaringen zijn neerslag gevonden. Allereerst werd dit beginsel erkend in de artikelen 5 en 8 van de «Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» van 1789, onmiddellijk na de Revolutie. Zulks bewijst het grote belang dat door de revolutionaire wetgever aan dit principe werd gehecht. Het beginsel werd ook overgenomen in het Franse Strafwetboek van 1810.¹⁰

5. In de Belgische Grondwet wordt het legaliteitsbeginsel verwoord in de artikelen 7 (oud, nieuw art. 12) en 9 (oud, nieuw art. 14). De combinatie van deze beide artikelen staat toe te besluiten dat de eis van legaliteit in zijn ruime betekenis een grondwettelijke bescherming krijgt. Terwijl door artikel 9 (oud, nieuw art. 14) de eis van legaliteit wordt gesteld aan de straffen, wordt in artikel 7 (oud, nieuw art. 12) diezelfde eis gesteld aan de incriminaties en tevens aan «de vorm van de vervolging». Dit laatste wijst erop dat de eis van

⁷ DUPONT, L., *a.c.*, 49-50.

⁸ BECCARIA, C., *Over misdaden en straffen*, vertaling door Michiels, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 45.

⁹ DUPONT onderscheidt in dezen drie dimensies. De rechtspolietieke dimensie van het legaliteitsbeginsel heeft betrekking op de koppeling ervan aan de idee van het sociaal contract en de legitimiteit van de machtsuitoefening. Daarnaast bezit het beginsel ook een crimineel-politieke dimensie. Zoals Feuerbach waren veel auteurs de mening toegedaan dat een duidelijke omschrijving van de misdrijven en de straffen de burgers de nadelen van het plegen van misdrijven zou doen inzien en hen ervan weerhouden hiertoe over te gaan. Aan het legaliteitsbeginsel wordt zodoende ook een afschrikkende functie toegemeten. Ten slotte wordt ook een organisatorische dimensie van het legaliteitsbeginsel onderscheiden. Hierbij wordt aan dit beginsel de taak toegemeten orde te scheppen in een niet meer hanterbaar geworden rechtssysteem en aan de rechters duidelijke richtlijnen te verschaffen. De kritiek van o.a. Letrosne, dat heel wat misdrijven onbestraft blijven als gevolg van onduidelijkheid in strafwetten klinkt bijzonder actueel (DUPONT, L., *Beginselen van een behoorlijke strafrechtsbedeling*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 49-55).

¹⁰ Aangezien in de preambule van de Franse Grondwet van 4 oktober 1958 rechtstreeks verwezen wordt naar de verklaring uit 1789, dient te worden besloten dat ook in Frankrijk het legaliteitsbeginsel tot een grondwettelijk principe is verheven.

³ DUPONT, L., *Beginselen van een behoorlijke strafrechtsbedeling*, Antwerpen, 1979, 48-54; GLASER, S., «Le principe de la légalité en matière pénale, notamment en droit codifié et en droit coutumier», *R.D.P.*, 1965-1966, 899; GROENHUIJSEN, M., *Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 39; TULKENS, Fr. en VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, Brussel, Story-Scientia, 1993, 132.

⁴ SOLER, S., «La formulation actuelle du principe 'nullem crimen'», *R.S.C.*, 1952, 12-13.

⁵ Meer bepaald §39: «Geen vrij man worde gearresteerd of gevangen gehouden of van zijn bezit beroofd of buiten de wet gesteld of verbannen of op enige manier ten onder gebracht, noch zullen we tegen hem oprukken of iemand tegen hem uitzenden, tenzij krachtens een wettig vonnis van zijn gelijken en volgens de wet van het land.» Dit document was het resultaat van een conflict tussen een bepaalde bevolkingsgroep (de baronnen) en de vorst (VAN CAENEGEM, R., *Over koningen en bureaucraten*, Brussel, Elsevier, 1977, 252-260).

⁶ VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *Belgisch strafrecht*, Gent, Story-Scientia, 1976, I, 233, nr. 489.

legaliteit ook gesteld wordt aan het strafprocesrecht, wat verder gaat dan de gangbare en algemeen verspreide opvattingen over het legaliteitsbeginsel. In de tweede helft van de negentiende eeuw krijgt de eis van legaliteit eveneens een (gedeeltelijke) wettelijke erkenning. In het Strafwetboek van 1867 wordt in artikel 2 de legaliteit van de straffen nogmaals verwoord en wordt deze eis bovendien gekoppeld aan de niet-terugwerkende kracht van de strengere strafwet. Daarnaast wordt in artikel 1 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, ingevoegd bij de wet van 17 april 1878, de eis van legaliteit van de vervolging of minstens van de bevoegdheid hiertoe verwoord ¹¹.

In de twintigste eeuw werd het legaliteitsbeginsel verkondigd door artikel 11 van de Universele Verklaring van de rechten van de Mens op 10 december 1948. Artikel 7 E.V.R.M. herhaalt de eis van legaliteit met betrekking tot de incriminaties en de straffen ¹². Artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten van 19 december 1966, door België goedgekeurd bij wet van 15 mei 1981, bevat een zelfde bepaling als artikel 7 E.V.R.M. Het is zodoende duidelijk dat het legaliteitsbeginsel in onze Belgische rechtsorde een brede erkenning heeft gekregen en dit zowel met betrekking tot de incriminaties en de straffen als met betrekking tot de vorm van de vervolging of het strafprocesrecht. Achter het legaliteitsbeginsel gaat meer schuil dan uit het adagium «nullum crimen, nulla poena sine lege» blijkt. In werkelijkheid wordt door het geheel van de voornoemde wettelijke en grondwettelijke bepalingen vorm gegeven aan de eis van legaliteit van het gehele repressieve optreden van de overheid tegenover de burger ¹³.

¹¹ Artikel 2 Sw.: «Geen misdrijf kan worden gestraft met straffen die bij de wet niet waren gesteld voordat het misdrijf werd gepleegd. Indien de straf, ten tijde van het vonnis bepaald, verschilt van die welke ten tijde van het misdrijf was bepaald, wordt de minst zware straf toegepast.»

Artikel 1 Voorafgaande Titel Sv.: «De rechtsvordering tot toepassing van de straffen kan niet worden uitgeoefend dan door de ambtenaren die de wet daarmee belast.»

¹² Artikel 7 E.V.R.M. stelt de eis van legaliteit niet uitdrukkelijk voor de strafprocedure. Nochtans wordt deze eis onrechtstreeks wel gesteld in de mate waarin bij de vervolging inbreuk wordt gemaakt op door het verdrag beschermde rechten. Zo stelt artikel 8 van het Verdrag het bestaan van een wet als voorwaarde om inbreuk te kunnen maken op de privacy van de burgers. Ook artikel 6 dwingt de nationale staten onrechtstreeks tot het voorzien in een wettelijke basis voor bepaalde onderdelen van de vervolging.

Het autonome wetsbegrip zoals dit wordt gehanteerd door de Europese Commissie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, heeft wel als gevolg dat het legaliteitsbeginsel beter omschreven kan worden door te verwijzen naar het recht eerder dan naar de wet in de strikte betekenis van het woord. Dit laatste belet nochtans niet dat het in principe de wetgever en niet de uitvoerende of de rechterlijke macht is die de strafbaarstellingen en de straffen bepaalt (VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1991, I, 71).

¹³ De individuele vrijheid kan immers in het gedrang komen vanaf het eerste ogenblik van de vervolging tot na de uitvoering van de straf. Het legaliteitsbeginsel vindt om deze reden zijn toepassing in elke fase van het repressief optreden van de staat (LEVASSEUR, G., «Réflexions sur la compétence, un aspect négligé du principe de la légalité», in *Problèmes contemporains de procédure pénale*, Parijs, Sirey, 1964, 15, nr. 4; DELMAS SAINT-HILAIRE, J.P., «Les prin-

De massale erkenning van het legaliteitsbeginsel betekent evenwel nog niet dat dit begrip in de loop van de jaren steeds op dezelfde wijze geïnterpreteerd dient te worden. Zoals elk juridisch concept ondergaat ook het legaliteitsbeginsel de invloed van een bepaalde tijdgeest. Zo werd in de dertiger jaren van deze eeuw – o.a. onder invloed van de Duitse strafwetgeving tijdens de nationaal-socialistische periode – meermaals de vraag gesteld naar de zin van het legaliteitsbeginsel. Twee internationale congressen kwamen in 1937 nochtans tot het eensgezinde besluit dat het legaliteitsbeginsel als noodzakelijke waarborg voor de individuele vrijheid behouden diende te blijven ¹⁴.

C. Actuele betekenis van het legaliteitsbeginsel

6. Toch bleek toen al dat het steeds eenvoudig was het legaliteitsbeginsel in al zijn rigiditeit te blijven toepassen in een maatschappij die zich kenmerkt door een steeds groeiende complexiteit en veranderlijkheid van menselijke en bijgevolg van juridische verhoudingen. Men mag immers de ogen niet sluiten voor de realiteit dat het legaliteitsbeginsel gegroeid is in een maatschappelijke context die niet te vergelijken is met de actuele omstandigheden. Het is voor de wetgever zeer moeilijk geworden wetten te maken zoals hij dit sedert het begin van de vorige eeuw deed, aangezien hij al snel achterhaald zou zijn door de evolutie van de maatschappij zelf ¹⁵. De aanbeveling van het vierde internationaal congres over strafrecht te Parijs in 1937 om de incriminaties in relatief algemene bewoordingen op te stellen, past ongetwijfeld in de opzet om de wetgever gelijke tred met de evolutie van de maatschappij te laten houden.

De evolutie van de maatschappij en meer bepaald de omvorming van de liberale rechtsstaat tot een sociale verzorgingsstaat heeft tot gevolg gehad dat aan het strafrecht een grotere rol werd toebedeeld. Het strafrecht, dat tot dan toe vrijwel beperkt was tot de essentieel te noemen misdrijven uit boek II van het Strafwetboek, moest plotseling ook gaan dienen om het gevoerde overheidsbeleid te ondersteunen ¹⁶. Het zogenaamde ordeningsstrafrecht, dat van nature veel veranderlijker is dan de klassieke incriminaties, heeft voor problemen gezorgd bij de interpretatie van het legaliteits-

cipes de la légalité des délits et des peines», in *Mélanges Pierre Bouzat*, Parijs, Pedone, 1980, 149-150).

¹⁴ Het betreft hier het vierde Internationaal Congres van de AIDP (Association Internationale de Droit Pénal) in Parijs en het Internationaal Congres over vergelijkend recht in Den Haag. In de aanbevelingen die tijdens het eerstvermelde congres werden geformuleerd, werd evenwel een oproep gedaan bij het opstellen van de incriminaties toch enige vrijheid aan de rechter te laten: «Il est à souhaiter que les dispositions de la loi pénale qui définissent les infractions soient conçues en termes assez généraux pour faciliter l'adaptation de la jurisprudence aux nécessités sociales.» Met betrekking tot deze congressen zie ANCEL, M., «A propos de quelques discussions récentes sur la règle 'nulla poena sine lege'», *R.D.P.*, 1938, 178-184; IVe Congrès international de droit pénal, *R.D.P.*, 1937, 963-972, en vooral 970; SOLNAR, V., «Maintien ou abandon de la règle 'nulla poena sine lege'», *R.D.P.*, 1937, 744-750.

¹⁵ STORME, M., «Taak en opleiding van de magistratuur. Randbedenkingen bij een colloquium», *T.P.R.*, 1973, 295-296, nr. 6.

¹⁶ DUPONT, L., o.c., 179-183; GUTWIRTH, S., *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap*, Antwerpen/Brussel, Maklu/VUBPress, 1993, 323-330.

beginsel. De noodzaak om soms snel te kunnen reageren op bepaalde maatschappelijk onwenselijke toestanden brengt met zich mee dat het niet mogelijk is het legaliteitsbeginsel te blijven opvatten in de strikt juridische betekenis die daar door Beccaria aan werd gegeven. Anderzijds mag dit principe evenmin worden vervangen door een soort politieke legaliteit waarbij alleen de wil van de politieke klasse de inhoud van het legaliteitsvereiste bepaalt.

Delmas Saint-Hilaire merkt terecht op dat het legaliteitsbeginsel heden ten dage meerdere gezichten heeft. Het beginsel wordt immers strenger of minder streng geïnterpreteerd naargelang het domein van het strafrecht waarom het gaat. Delmas Saint-Hilaire onderscheidt drie vormen van intensiteit van legaliteit. Behalve de zeer strikte interpretatie, die in beginsel geldt voor de omschrijving van de strafbare feiten, kan het legaliteitsbeginsel ook de vorm aannemen van een keuzemogelijkheid die door de wetgever wordt geboden (bv. de minimum- en maximumgrenzen van de straf) of van een algemeen model dat geen exclusiviteit beoogt doch waaraan de lager gelegen norm slechts marginaal getoetst kan worden (bv. de wettelijke ruimte waarbinnen aan de gemeenten de bevoegdheid wordt verleend om politie-verordeningen uit te vaardigen)¹⁷. Deze laatste vorm is ongetwijfeld de ruimste interpretatie van het legaliteitsbeginsel doch geeft meteen ook het meest aanleiding tot de creatie van zeer ruime en open strafbaarstellingen, wat evenmin zonder gevaar is. Indien het legaliteitsbeginsel in gevaar wordt gebracht, is dit immers eerder te wijten aan dit type strafbaarstellingen dan aan een rechtstreekse ontkenning van het legaliteitsbeginsel zelf¹⁸.

Het kan in elk geval niet geloofwaardig worden dat het legaliteitsbeginsel in onze huidige rechtsstaat heel wat soepeler dan voorheen wordt toegepast. Het beginsel blijft bestaan doch biedt vooral een (formeel) kader voor een normering die nu vooral uitgaat van de rechter en de bestuurder¹⁹.

7. De vraag kan dan ook gesteld worden of het nog enige zin heeft te pleiten voor een handhaving van het legaliteitsbeginsel. De historische oorsprong van het beginsel toont aan dat dit beginsel wel nog zijn plaats heeft in onze rechtsorde. Terecht merkt Dupont op dat het meest fundamentele moment van het achttiende-eeuwse hervormingsdenken precies lag in de bewustwording dat de strafrechtsbedeling een rechtspolitieke aangelegenheid was die ieder aanging, en dat ieder aan de hervorming ervan moest kunnen participeren²⁰. De parlementaire democratie biedt het staatkundig kader waarbinnen deze idee waargemaakt kan worden en geeft bovendien een meerwaarde aan het legaliteitsbeginsel. Zoals de in het E.V.R.M. geproclameerde rechten en vrijheden luidens de preambule in verband worden gebracht «met een waarlijk democratische regeringsvorm»,

dient ook het legaliteitsbeginsel te worden ingebed in een zelfde democratische staatsordening.

Een pleidooi voor de handhaving van het legaliteitsbeginsel mag evenwel niet worden gelijkgesteld met een ontkenning van de noodzaak om soms snel op te treden, waarbij aan de bestuurder of de rechter soms een normerende bevoegdheid toekomt. Een actueel opgevat legaliteitsbeginsel wil niet betekenen dat de formele wetgever alomtegenwoordig dient te zijn op alle niveaus van de normering. Wel betekent dit beginsel dat de wetgever op een duidelijke en precieze wijze de wezenlijke elementen van ons stelsel van strafrecht (waaronder de strafbaarstellingen) dient te omschrijven. Het legaliteitsbeginsel laat ruimte voor een onderscheid tussen wat Groenhuijsen – met ontlening aan de Amerikaanse auteurs Nonet en Selznick – het autonoom en het responsief recht noemt²¹. Het autonoom recht stelt grenzen aan de primaire maatschappelijke controle door de overheid en dient onaannemelijke machtsuitoefening tegen de burgers te voorkomen. In de bepaling van dit autonoom recht, dat de pijlers van ons strafrechtstelsel bevat, speelt het legaliteitsbeginsel een zeer grote rol. Daarnaast is het zogenaamde responsief recht een concept waarin een gespreide verantwoordelijkheid wordt benadrukt voor de materiële doelgerichtheid van de rechtsbedeling. Het gaat hierbij om een open en flexibel systeem waarin «opportunisme wordt vermeden door een stricte oriëntatie op waarden die impliciet liggen besloten in de verschillende regels, beginselen en beleidslijnen». Openheid en flexibiliteit mogen bijgevolg geen argumenten worden om af te wijken van vooraf gestelde regels. Met Groenhuijsen kan gezegd worden dat het autonoom en het responsief recht in één juridisch stelsel kunnen worden geïntegreerd. Hierbij is de wetgever in de eerste plaats verantwoordelijk voor het autonoom recht terwijl de rechterlijke en de uitvoerende macht vooral bij de totstandkoming van het responsief recht een rol zouden spelen. Het lijkt verantwoord dat de bevoegdheid tot afbakening van de grens tussen autonoom en responsief recht bij de wetgevende macht ligt.

De opvatting over het samengaan van autonoom en responsief recht binnen een zelfde rechtssysteem is nauw verwant met de functies die aan het strafrecht worden toegemeten. Het rechtsbegrip van Beccaria en Montesquieu is gebouwd op een combinatie van instrumentaliteit (ondersteuning van het gevoerde overheidsbeleid) en rechtsbescherming (het machtskritische aspect van het recht). Focque en 't Hart zeggen op grond van dit rechtsbegrip uit de Verlichting terecht dat beide functies in het strafrecht aanwezig dienen te zijn en dat het strafrecht niet gereduceerd mag worden tot een louter instrument voor criminaliteitsbestrijding. Het recht wordt wezenlijk gekenmerkt door een spanning tussen een instrumentele en een rechtsbeschermd functie die beide tot zijn eigenheid behoren²². Het responsief recht

¹⁷ DELMAS SAINT-HILAIRE, J.P., «Les principes de la légalité des délits et des peines», in *Mélanges Pierre Bouzat*. Parijs, Pedone, 1980, 155-157.

¹⁸ SOLER, S., «La formulation actuelle du principe 'nullem crimen', R.S.C., 1952, 18.

¹⁹ TULKENS, Fr. en VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, Brussel, Story-Scientia, 1993, 134-135, die het hebben over «une légalité élargie».

²⁰ DUPONT, L., *Beginselen van een behoorlijke strafrechtsbedeling*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 221.

²¹ GROENHUIJSEN, M., *Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 53-55.

²² FOCQUE, R. en 't HART, A., *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 501 pp.; GUTWIRTH, S., *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap*, Antwerpen/Brussel, Maklu/VUBPress, 1993, 337-348. Hierbij is het ook duidelijk dat de klemtoon die de laatste decennia is komen te liggen op het instrumentele

dient eerder de instrumentele functie van het strafrecht terwijl van het autonoom recht naast rechtshandhaving ook rechtsbescherming wordt verwacht.

III. DE RECHTSZEKERHEID

8. Het begrip van de rechtszekerheid heeft de laatste decennia een enorme verspreiding gekend. Over de rechtszekerheid wordt regelmatig gesproken en geschreven, niet alleen in een juridische maar ook in een politieke context. Hierbij wordt de rechtszekerheid ervaren als een noodzakelijke eigenschap van het recht in een democratische rechtsstaat. Bij de rechtszekerheid gaat het immers essentieel om de verhouding tussen de individuele burger en het vigerende rechtssysteem.

In dit verband wordt erop gewezen dat de term «rechtszekerheid» niet zo ondubbelzinnig is als hij lijkt. Deze term kan betekenen dat men zeker weet dat en hoe het recht is doch kan eveneens opgevat worden als de zekerheid dat het recht zal zegevieren en dat het recht en niet de macht of de willekeur de beslissing zal brengen²³. Hoewel deze laatste idee ongetwijfeld een belangrijk rechtsgoed is, komt het ons voor dat ze minder te maken heeft met de rechtszekerheid zelf dan met de algemene idee van de democratisch georganiseerde rechtsstaat. Dat het recht de bovenhand dient te krijgen op macht en willekeur is evident doch het verdient de voorkeur aan het begrip van de rechtszekerheid een specifiek juridische betekenis te geven in aansluiting met de eerstgenoemde interpretatie. Rechtszekerheid kan evenmin op een specifieke wijze omschreven worden als de zekerheid door het recht in de betekenis van een bescherming van de burger tegen moord, doodslag, diefstal e.d.m. De bepaling van de strafwaardigheid van bepaalde belangen, hoe gewichtig dit ook kan zijn in de ogen van de burger, behoort tot het domein van de criminele politiek. Met rechtszekerheid wordt daarentegen in de eerste plaats de zekerheid van het recht bedoeld.

Rechtszekerheid kan inderdaad omschreven worden als de eis dat recht zeker is doch twee andere bestanddelen dienen aan dit begrip te worden toegevoegd, namelijk de voorzienbaarheid van het recht en de (voorafgaande) kenbaarheid van het recht²⁴. De rechtszekerheid is dan ook een beginsel dat minder formalistisch aandoet dan het legaliteitsbeginsel zelf.

9. Radbruch heeft zich nader ingelaten met de idee van de rechtszekerheid. Voor hem vormt de rechtszekerheid sa-

men met de rechtvaardigheid en de «Zweckmässigkeit» (toekennen van een rationele functie aan de straf in de doeleinden van sociale en staatspolitiek) de basis van de zogenaamde rechtsidee. In de onderlinge verhouding tussen deze drie basispijlers primeren de rechtvaardigheid en de rechtszekerheid volgens Radbruch op de Zweckmässigkeit omdat deze laatste per definitie veranderlijk is. De rechtszekerheid heeft een algemene werking en kan beschouwd worden als een vorm van rechtvaardigheid, alhoewel conflicten tussen beide rechtsgoederen kunnen ontstaan²⁵.

Voor Radbruch impliceert de rechtszekerheid vier eigenschappen²⁶. Het recht dient in de eerste plaats positief recht – wettenrecht – te zijn. Ten tweede dient het recht te zijn gebaseerd op feiten uit de werkelijkheid. Het recht mag bijgevolg de rechter niet in te hoge mate verwijzen naar zijn persoonlijk waardeoordeel over het feit in kwestie door gebruik te maken van algemene bewoordingen zoals «goede trouw», «goede zeden» e.d.m. In derde orde betekent de rechtszekerheid dat deze feitelijke omstandigheden die de basis van het recht vormen, met zekerheid vast te stellen zijn. Ten slotte vereist de rechtszekerheid dat het recht niet te snel aan verandering onderhevig is en niet het karakter van een soort gelegenheidswetgeving krijgt. In dit opzicht beschouwt Radbruch de scheiding der machten en de logheid van het parlementair wetgevingsproces als een waarborg voor de rechtszekerheid²⁷.

In de mate waarin de eis van rechtszekerheid vertaald wordt als de vraag naar duidelijkheid, precisie, kenbaarheid en stabiliteit van de wetgeving, ligt het voor de hand dat de rechtszekerheid verband houdt met andere fundamentele rechtsbeginselen. Zo toont bijvoorbeeld de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen aan dat de rechtszekerheid onder meer tot uiting komt in de beginselen van de niet-terugwerkende kracht van de wet, de eerbiediging van verkregen rechten en van het gewettigd vertrouwen.²⁸

Ook met het legaliteitsbeginsel heeft de rechtszekerheid nogal wat gemeen. Zo is de eis van een duidelijke en precieze wetgeving een thema dat in de literatuur over het legaliteitsbeginsel vaak terugkeert. Het verschil tussen legaliteitsbeginsel en rechtszekerheid – en meteen ook de redenen voor de grotere actualiteitswaarde van dit laatste begrip – is hierin gelegen dat de rechtszekerheid opgebouwd is vanuit het standpunt van de burger en meer rekening houdt met zijn verwachtingspatroon ten aanzien van de wetgeving en het recht in het algemeen. Dit verklaart dat in verband

van het strafrecht, ook mede een gevolg is van het democratische stelsel waarbinnen het strafrecht zich beweegt. De verkozenen des volks maken immers wetten met de bedoeling een onmiddellijk antwoord te geven op de eisen van de justitie en hiermee ook op de verzuchtingen van de burgers (LEAUTE, J., «La notion contemporaine de justice en démocratie», in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Brussel, Editions ULB, 1985, 345-347).

²³ LANGEMEIJER, G., «De taak van de rechter», *T.P.R.*, 1973, 311-313.

²⁴ Het begrip van de kenbaarheid of de «advance notice» wordt door Tulkens en Van de Kerchove terecht als een bijzonder belangrijk actueel vraagpunt aangemerkt dat van groter belang is dan de formele vraag naar de instantie (wetgevende of uitvoerende macht) die de wet uitvaardigt (TULKENS, Fr. en VAN DE KERCHOVE, M., o.c., 135).

²⁵ VERVAELE, J., *Rechtsstaat en recht tot straffen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 418-421.

²⁶ RADBRUCH, G., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, Koehler, 1958, 39-40. Zie tevens de literatuur aangehaald bij VERVAELE, J., *Rechtsstaat en recht tot straffen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 418-421.

²⁷ Kenbaarheid, voorspelbaarheid en stabiliteit zijn drie begrippen die ook in andere specifieke domeinen van het recht als bestanddelen van de rechtszekerheid worden gezien (GEELHAND, N., «Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1989, 923-997).

²⁸ MERTENS DE WILMARS, J. en STEENBERGEN, J., «La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la cour de Justice des Communautés Européennes», in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Brussel, editions ULB, 1985, 449-456.

met de rechtszekerheid ook melding wordt gemaakt van de voorspelbaarheid van het recht en de bescherming van het gewettigd vertrouwen, wat in een complexe samenleving veel belangrijker overkomt dan in de samenleving zoals ze bestond in het begin van de negentiende eeuw.

Er kan bijgevolg aangenomen worden dat in het rechtsgevoel van de hedendaagse burger de rechtszekerheid en het legaliteitsbeginsel zich met elkaar vermengen, meer nog, dat het legaliteitsbeginsel virtueel besloten ligt in de eis van rechtszekerheid. Hierbij is het duidelijk dat de rechtszekerheid, net zoals het legaliteitsbeginsel, geen statisch begrip is doch evolueert naargelang de complexiteit van de maatschappij en het onderdeel van het recht waarover de discussie handelt. Het kan niet worden ontkend dat de rechtszekerheid in verschillend verband een heel verschillend gewicht kan hebben²⁹. Toch dient een bepaald gehalte aan rechtszekerheid te worden gewaarborgd, zeker waar het gaat om de creatie van nieuwe wetten en de interpretatie ervan. Aangezien de wet uiteindelijk de basis van elk repressief optreden van de overheid uitmaakt, is het van het allergrootste belang dat de rechtszekerheid op dit vlak wordt gewaarborgd.

In het navolgende zal met betrekking tot enkele aspecten van het materieel en het formeel strafrecht worden nagegaan in hoeverre acht wordt geslagen op de rechtszekerheid. Hoewel dit overzicht geen volledigheid beoogt, zal toch gepoogd worden tot een omvattende conclusie te komen aangaande de rechtszekerheid in het materieel en formeel strafrecht.

IV. DE STAATSHERVORMING EN HET STRAFRECHT

10. Ons land heeft lange tijd in de ban van de staatshervorming geleefd en menige discussie omtrent dit onderwerp heeft meer tijd en aandacht gevraagd van de wetgever dan andere juridische aangelegenheden. In het jaar 1993 werd de staatshervorming afgerond door een reeks wijzigingen van de Grondwet en een aantal daarbij aansluitende wettelijke hervormingen. Het zou verwondering hebben gewekt indien het strafrecht, dat eveneens in de belangstelling staat, de invloed van deze hervormingen niet zou hebben ondergaan. Toch dient te worden onderzocht of het strafrecht als gevolg van deze veranderingen aan rechtszekerheid niet heeft ingeboet.

Voor het institutionele kader van het strafrecht zijn naast de eerder aangehaalde grondwettelijke bepalingen vooral de artikelen 10, 11 en 19 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen van belang. In deze wet wordt immers de bevoegdheidsafbakening tussen de verschillende wetgevers in dit land geregeld³⁰. Het centrale artikel 11 van deze wet bepaalde: «Binnen de grenzen van de bevoegdheden van de Gewesten en de Gemeenschappen kunnen de decreten de niet-naleving van hun bepalingen strafbaar stellen en de straffen wegens de niet-naleving bepalen overeenkomstig Boek I van het Strafwetboek, met uit-

zondering van de criminele straffen bepaald in artikel 7 van dat Wetboek.» De bijzondere wetgever wenste aan de Gemeenschappen en de Gewesten de middelen te verschaffen om de naleving van de eigen decreten af te dwingen – wat inderdaad noodzakelijk is – doch was tegelijk bezorgd om het behoud van de eenheid van het strafrecht. Deze bezorgdheid resulteerde in het voorschrift dat de decretale wetgever niet kan afwijken van de bepalingen van boek I van het Strafwetboek.

Artikel 19 van de bijzondere wet onttrok aan de macht van de decretale wetgever de bevoegdheden die door de Grondwet aan de wet zijn voorbehouden terwijl artikel 10 bepaalt dat de decreten rechtsbepalingen kunnen bevatten in aangelegenheden waarvoor de Raden niet bevoegd zijn, voor zover die bepalingen onontbeerlijk³¹ zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheid.

Binnen de grenzen van deze drie wettelijke bepalingen heeft het Arbitragehof in de loop der jaren duidelijk gemaakt hoe de bevoegdheidsafbakening inzake het strafrecht dient te worden opgevat. Meer bepaald heeft het Hof te kennen gegeven dat een artikel 11 van de bijzondere wet een strenge interpretatie dient te worden gegeven, in die zin dat de regeling van de beginselen van het strafrecht en grote delen van het strafprocesrecht voorbehouden blijven aan de nationale wetgever.

Zo heeft het Arbitragehof naar aanleiding van het decreet van de Vlaamse Raad van 2 juli 1981 betreffende het beheer van afvalstoffen te kennen gegeven dat het de decretale wetgever niet is toegestaan in een eigen stelsel met betrekking tot de recidive te voorzien³². Andere decretale bepalingen, waarin afwijkende stelsels voorkwamen voor de bijzondere verbeurdverklaring en de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgevers voor de betaling van de door hun aangestelden en lasthebbers opgelopen geldboeten, werden eveneens aangemerkt als een schending van de regels betreffende de bevoegdheidsverdeling tussen de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten³³. Voor het Arbitragehof maken de regelen van boek I van het Strafwetboek de algemene regels uit inzake de bestraffing van misdrijven en verwijst de term «wet» in artikel 100 Sw. naar de nationale wet aangezien ook artikel 9 (oud, nieuw art. 14) van de Grondwet alleen naar de nationale wet kan verwijzen³⁴.

In een aantal arresten gaf het Arbitragehof in dit verband aan dat de draagwijdte van artikel 11 van de bijzondere wet niet kan worden tenietgedaan door een beroep te doen op artikel 100 van het Strafwetboek. Hoewel de bepalingen betreffende de strafbare deelneming (hoofdstuk VII) en de verzachtende omstandigheden bij correctionele straffen (ar-

³¹ Bij de wet van 8 augustus 1988 (*B.S.*, 13 augustus 1988) werd de term «onontbeerlijk» vervangen door het woord «noodzakelijk».

³² Arbitragehof, 23 december 1987, *B.S.*, 27 januari 1988, 1199. Zie tevens MESSINNE, J., TULKENS, F. en VAN DEN WYNGAERT, C., «De Sint-Michielsakkoorden en de federalisering van het strafrecht: een belgenmop?», *Panopticon*, 1993, 1-2.

³³ Arbitragehof, 7 mei 1990, *B.S.*, 24 mei 1990 (decreet van de Waalse Gewestraad van 5 juli 1985 betreffende de afvalstoffen, inzake de bijzondere verbeurdverklaring); Arbitragehof, 7 mei 1992, *J.L.M.B.*, 1992, 1298 (artikel 40 van het Vlaams Milieuvergunning-sdecreet van 16 juni 1985, inzake de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgevers voor de betaling van de boeten).

³⁴ MESSINNE, J., TULKENS, F., en VAN DEN WYNGAERT, C., *o.c.*, 2.

²⁹ LANGEMEIJER, G., «De taak van de rechter», *T.P.R.*, 1973, 312.

³⁰ Voor een overzicht van deze aangelegenheid raadplege men DELVA, J. en SMETS, J., «De staatshervorming en het strafrecht», in *Liber Amicorum Marc Châtel*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 85-105.

tikel 85) in de regel, tenzij anders is bepaald, niet van toepassing zijn op een nationale bijzondere strafwet, doen deze artikelen zich toch gelden voor de decretale wetgever. Deze laatste dient dus het volledig boek I van het Strafwetboek te respecteren terwijl dit niet in dezelfde mate geldt voor de nationale wetgever die een bijzondere wet uitvaardigt of voor strafbepalingen in gemeentelijke of provinciale verordeningen ³⁵. Het kan eigenaardig en moeilijk te verantwoorden lijken dat de decreetgever niet over dezelfde vrijheid beschikt ten aanzien van het eerste boek van het Strafwetboek ³⁶. Toch is de door de wetgever destijds gevolgde optie niet zo onlogisch als zij op het eerste gezicht lijkt. Door artikel 11 van de bijzondere wet zodanig te verwoorden dat – in de interpretatie van het Arbitragehof – de artikelen 1 tot en met 99 van het Strafwetboek zich doen gelden voor de decretale wetgever, heeft de nationale wetgever de eenheid en de coherentie van de grondslagen en de algemene beginselen van het strafrecht willen bewaren en willen vermijden dat de Gemeenschappen of de Gewesten hieraan raken. Met Tulkens en Van De Kerchove kan gesteld worden dat dit verlangen paste in de opzet het algemeen en het bijzonder strafrecht dichtert tot elkaar te brengen: «Si ce sont donc, comme le soutient actuellement la Cour d'Arbitrage, les articles 1 à 99 de Livre 1er du Code Pénal, en ce compris le chapitre VII et l'article 85, qui sont applicables au droit pénal communautaire ou régional, on peut raisonnablement en déduire que le législateur de 1980, confirmé par celui de 1988, a voulu que l'ensemble des principes généraux du droit pénal restent uniformes et que ni les Communautés ni les Régions ne puissent y déroger. Même si elle est discutable au regard des textes, cette position nous semble cohérente par rapport à l'évolution que l'on observe dans la législation récente qui tend à réduire la disparité traditionnelle du

³⁵ DELVA, J. en SMETS, J., «De staatshervorming en het strafrecht», in *Liber Amicorum Marc Châtel*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 96, nr. 12, en in de noot 50 aangehaalde arresten.

In het in noot 33 aangehaalde arrest van 7 mei 1992 oordeelde het Hof dat de decreetgever niet bevoegd was af te wijken van de bepalingen van boek I van het Strafwetboek en evenmin om ze te bevestigen of ze al dan niet toepasselijk te verklaren. Artikel 39.2 van het milieuvergunningsdecreet van 26 juni 1985 had immers vastgelegd dat de bepalingen van boek I van het Strafwetboek, met inbegrip van hoofdstuk VII en artikel 85 toepasselijk waren op de door het decreet ingevoerde misdrijven. Het is duidelijk dat de decreetgever hierbij de formulering had overgenomen die in vele nationale bijzondere wetten teruggevonden kan worden. Het Arbitragehof zegt zodoende in alle duidelijkheid dat de decretale wetgever in de termen van artikel 100 Sw. niet gelijkgesteld kan worden met de nationale bijzondere strafwetgever. Artikel 100 Sw. is voor de decreetgever niet relevant

³⁶ Delva en Smets redeneren in die zin: «Hoewel zulks onmiskenbaar uit artikel 11 van de bijzondere wet voortvloeit – in dit artikel wordt geen onderscheid gemaakt tussen hoofdstuk VII en artikel 85 van boek I van het Strafwetboek en de andere bepalingen van boek I van dit wetboek – rijst toch de vraag welke verantwoording kan gevonden worden voor het feit dat voormeld hoofdstuk VII en artikel 85 principieel niet van toepassing zijn op nationale bijzondere strafwetten en zelfs niet op strafbepalingen in gemeentelijke of provinciale verordeningen, terwijl dit automatisch wel het geval is voor decretale strafbepalingen» (DELVA J. en SMETS, J., o.c., 96, nr. 11 in fine).

droit pénal particulier par rapport au droit pénal commun ³⁷.

11. Ook met betrekking tot de bevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten inzake bepaalde delen van de strafprocedure heeft het Arbitragehof zich zeer streng opgesteld. Het is immers duidelijk dat het oorspronkelijke artikel 11 van de bijzondere wet met betrekking tot de strafprocedure geen ruimte geeft aan de decretale wetgever terwijl artikel 7 (oud, nieuw art. 12) van de Grondwet de vorm van de vervolging voorbehoudt aan de nationale wetgever. Dit is o.a. het geval voor de regeling van de bewijswaarde van processen-verbaal en de gevallen waarin een huiszoeking kan worden bevolen. Aangezien artikel 7 (oud, nieuw art. 12) van de Grondwet alleen de vorm van de vervolging voorbehoudt en niet de gehele strafprocedure, mag de decreetgever gewestelijke ambtenaren met een toezichtsoverdracht belasten en hun opdragen onderzoeken en controles te verrichten. Hij kan hun tevens machtiging geven bepaalde plaatsen te betreden op voorwaarde dat het niet gaat om een plaats die kan worden beschouwd als een woning in de zin van artikel 10 (oud, nieuw art. 15) van de Grondwet aangezien alleen de wet de gevallen en de vorm van een huiszoeking kan bepalen. De decreetgever kan de toezichtsambtenaren niet machtigen tot het nemen van een dwangmaatregel die principieel alleen door de onderzoeksrechter in het kader van een gerechtelijk onderzoek kan worden bevolen ³⁸. Daarentegen is de decretale wetgever wel bevoegd om de verjaring te regelen van de strafvordering wegens overtreding van decretale strafbaarstellingen ³⁹.

Op de beschreven regeling, zoals deze bestond tot vóór de laatste fase van de staatshervorming, werd nogal wat kritiek geformuleerd. Vooral werd de vraag gesteld of het niet raadzaam was de decreetgever de bevoegdheid te verlenen af te wijken van sommige bepalingen van boek I van het Strafwetboek. Hierbij werd gedacht aan de regeling betreffende de herhaling, de aanneming van verzachtende omstandigheden en de invoering van eventuele nieuwe bijkomende strafrechtelijke veroordelingen. Ook de bevoegdheid om de bewijswaarde van de processen-verbaal vast te leggen ontbrak niet in de lijst van voorgestelde hervormingen. Deze uitbreiding van de decretale bevoegdheid werd meestal bepleit door te verwijzen naar de bevoegdheid van de Gemeenschappen en Gewesten aangaande de verjaring ⁴⁰.

12. Bij de wet van 16 juli 1993 (B.S., 20 juli 1993) werd door de wetgever in zeer grote mate tegemoet gekomen aan de wensen van de voorstanders van een uitbreiding van de strafrechtelijke bevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten. Door artikel 5 van deze wet werd artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen volledig vervangen door de volgende tekst:

³⁷ TULKENS, FR. en VAN DE KERCHOVE M., *Introduction au droit pénal*, Brussel, Story-Scientia, 1993, 128-129.

³⁸ DELVA, J. en SMETS, J., o.c., 98-100, nr. 15-19.

³⁹ Arbitragehof, 3 december 1987, *Ann. Dr. Liège*, 1988, 369, aangehaald en becommentarieerd door DELVA, J. en SMETS, J., o.c., 100-101, nr. 20.

⁴⁰ DELVA, J. en SMETS, J., o.c., p. 104-105. nr. 26; MESSINNE, J., TULKENS, F., en VAN DEN WYNGAERT, C., «De Sint-Michielsakkoorden en de federalisering van het strafrecht: een belgenmop?», *Panopticon*, 1993, 2, die evenwel minder ver gaan dan de eerstvermelde auteurs.

«Binnen de grenzen van de bevoegdheden van de Gemeenschappen en de Gewesten kunnen de decreten de niet-naleving van hun bepalingen strafbaar stellen en de straffen wegens die niet-naleving bepalen; de bepalingen van Boek I van het Strafwetboek zijn hierop van toepassing, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere inbreuken kunnen worden gesteld.

Het eensluidend advies van de Ministerraad is vereist voor iedere beraadslaging in de Gemeenschaps- of Gewestregering over een voorontwerp van decreet waarin een straf of een strafbaarstelling is opgenomen waarin boek I van het Strafwetboek niet voorziet.

Binnen de grenzen vermeld in het eerste lid kunnen de decreten :

1° de hoedanigheid van agent of officier van gerechtelijke politie toekennen aan de beëdigde ambtenaren van de Gemeenschaps- of Gewestregering of van instellingen die onder het gezag of het toezicht van de Gemeenschaps- of Gewestregering ressorteren ;

2° de bewijskracht regelen van de processen-verbaal ;

3° de gevallen bepalen waarin een huiszoeking kan plaatshebben.»

Toen de plannen voor deze bevoegdheidsuitbreiding bekend raakten werd terecht gewaarschuwd voor de verstrekkende gevolgen van het nieuwe artikel 11 ⁴¹. Hierdoor zou immers aan de decretale wetgever de gelegenheid geboden worden af te wijken van boek I van het Strafwetboek in dezelfde mate als de nationale wetgever dit krachtens artikel 100 Sw. kan wanneer hij een (nationale) bijzondere strafwet uitvaardigt. Bovendien wordt ook op het vlak van de strafprocedure een belangrijke uitbreiding van de decretale bevoegdheid toegestaan. Het gaat hierbij om drie aangelegenheden waarover het Arbitragehof voorheen had beslist dat zij tot de vorm van de vervolging behoorden en zodoende krachtens artikel 7 (oud, nieuw art. 12) van de Grondwet aan de nationale wetgever waren voorbehouden ⁴². Het bij wijze van veiligheidsklep ingevoerde toezicht – eensluidend advies van de Ministerraad bij een ontwerp van nieuwe straf of strafbaarstelling – is eerder symbolisch te noemen.

De nieuwe tekst van artikel 11 heeft veel weg van een blancocheque door de nationale wetgever aan de Gemeenschappen en de Gewesten. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid is het geven van een blancocheque evenwel steeds een gevaarlijke zaak. Zonder te weten in hoeverre de regio's van deze nieuwe bevoegdheden gebruik zullen maken moet deze recente hervorming toch ongunstig worden beoordeeld.

De recente hervorming van de bijzondere wet tot hervorming van de instellingen stelt een principieel probleem dat bovendien een belangrijke weerslag kan hebben op het concreet functioneren van de justitie in ons land. Het is immers voortaan mogelijk dat de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap, het Waalse Gewest, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de Duitstalige Gemeenschap eigen bepalingen aannemen waarin van fundamentele beginselen van strafrecht en strafprocesrecht wordt afgeweken. Zo bestaat nu ook de mogelijkheid dat de strafrechtelijke

aansprakelijkheid van rechtspersonen wel erkend wordt in de Vlaamse Gemeenschap doch niet in de overige deelgebieden. Ook de poging, de samenloop, de herhaling e.d.m. zullen – met betrekking tot de materies waarvoor de regio's bevoegd zijn – in elk van de deelgebieden op een verschillende manier geregeld kunnen worden. Gelet op de uitbreiding van de sector van het bijzonder strafrecht en de onbetwistbare actualiteit van een aantal materies waarvoor de deelgebieden bevoegd zijn – bijvoorbeeld het leefmilieu – valt te verwachten dat de Gemeenschappen en de Gewesten toch vrij frequent van de door het nieuwe artikel 11 van de bijzondere wet geboden bevoegdheid gebruik zullen maken.

13. De principiële vraag rijst of de algemene beginselen van het strafrecht zich wel lenen tot een verregaande regionalisering. De in boek I van het Strafwetboek vervatte bepalingen zijn steeds door alle geledingen in de juridische wereld beschouwd als voorschriften die een duurzaam en een algemeen geldend karakter dienen te bezitten ⁴³. Zelfs in een federaal georganiseerd land blijft het nodig dat basisbeginselen van het strafrecht voor het gehele grondgebied gelden. De toekenning van eigen bevoegdheden aan de Gemeenschappen en de Gewesten in bepaalde materies maakt het geenszins noodzakelijk hun ook de bevoegdheid te verlenen af te wijken van het geheel van boek I van het Strafwetboek.

Bovendien komt deze bevoegdheidsuitbreiding voor de deelgebieden op een ogenblik dat zowel nationaal als internationaal gestreefd wordt naar unificatie van het strafrecht en het strafprocesrecht. Op het nationaal vlak stelt men immers vast dat de meeste nationale bijzondere strafwetten boek I van het Strafwetboek integraal van toepassing verklaren en weigeren gebruik te maken van de mogelijkheid die door artikel 100 Sw. wordt geboden om een eigen stelsel te ontwerpen met betrekking tot de strafbare deelneming en de verzachtende omstandigheden ⁴⁴. Met betrekking tot het fiscaal strafrecht werd bovendien de toepassing van de algemene beginselen van het strafrecht verruimd door de afschaffing van het tweede lid van art. 100 Sw. bij de wet van 4 augustus 1986. Ook op het internationaal vlak is het duidelijk dat pogingen worden ondernomen om zowel het strafrecht als het strafprocesrecht te unificeren en dat deze inspanningen niet beloond worden door op binnenlands gebied aan de deelgebieden zulke verregaande bevoegdheden te verlenen.

Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid stelt deze ingrijpende hervorming problemen en wel in de mate waarin rechtszekerheid te maken heeft met de kenbaarheid en de duidelijkheid van het recht. Voor de justitiabele maakt het weinig uit of de strafrechtelijke norm een nationale dan wel een gemeenschaps- of gewestnorm is. Wel is vereist dat hij

⁴³ Zo schreef de toenmalige minister van Justitie GOL in 1985 in het voorwoord tot het Voorontwerp van Strafwetboek van LEGROS: «Meer nog dan een bijzondere wet is een wetboek, eenmaal als het is uitgevaardigd, omwille van de omvang en de systematische ordening ervan, bestemd om geruime tijd mee te gaan; bovendien is het mogelijk dat de daarin vastgelegde beleidslijnen lang onomkeerbaar blijven, ook al is daarbij uitgegaan van een onjuiste benadering» (*Voorontwerp van Strafwetboek*, Ministerie van Justitie, 1985, 6).

⁴⁴ TULKENS, F. en VAN DE KERCHOVE, M., «Certitudes et incertitudes dans l'évolution du droit pénal en Belgique (1976-1987)», in *Archives de politique criminelle*, 1989, 202-204.

⁴¹ MESSINNE, J., TULKENS, F., en VAN DEN WYNGAERT, C., o.c., 1-6.

⁴² Wat de huiszoeking betreft was dit voorbehoud gebaseerd op artikel 10 (oud, nieuw art. 15) van de Grondwet.

de norm kent en dat deze voldoende duidelijk is. Alleen op deze manier kan van deze norm ook enige gedragsbeïnvloeding uitgaan. In deze materie is het te verwachten dat de kenbaarheid van de strafrechtelijke norm gevoelig zal afnemen indien de deelgebieden op grote schaal gebruik gaan maken van de hun toegekende bevoegdheden. Reeds vroeger werd geklaagd over het feit dat het in bepaalde sectoren van het strafrecht moeilijk is de principes terug te vinden en dat de veelheid van teksten leidt tot een incoherent systeem⁴⁵. Dit euvel wordt niet verholpen door deze hervormingen. Een vermindering van de kenbaarheid van het recht leidt niet alleen tot een verminderde gedragsbeïnvloeding, maar eveneens tot een frequenter beroep op de figuur van de rechtsdwaling⁴⁶. Op zijn beurt zal dit leiden tot een verminderd gezag en een verminderde toepassing van de decretale strafbepalingen. Een veelheid van fundamentele regionale strafrechtelijke beginselen leidt immers – zonder te denken aan de concrete toepassing ervan wanneer rechtsbeginselen uit verschillende Gemeenschappen of Gewesten in aanraking met elkaar zouden komen – noodzakelijk tot een banalisering en de inefficiëntie van het strafrecht want «La fonction magique impose l'éclat, mais aussi la rareté...»⁴⁷.

V. HET VERVOLGINGSBELEID EN DE RECHTSZEKERHEID

14. De complexiteit van onze huidige samenleving en daarmee samengaan de inflatie van het bijzonder strafrecht hebben tot gevolg dat het openbaar ministerie verplicht is met betrekking tot de vervolging een keuze te maken uit de strafbare feiten die worden vastgesteld. In die zin kan dan ook gezegd worden dat de strafrechtelijke inflatie het openbaar ministerie dwingt tot het voeren van een vervolgingsbeleid, dat vanuit technisch oogpunt gevoerd wordt door gebruik te maken van de techniek van de seponering. De recente federalisering van grote delen van het algemeen strafrecht, zoals boven uiteengezet, zal deze inflatie nog in de hand werken en zodoende nog meer gewicht geven aan de eventuele vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie. Gegeven het verhoudingsgewijs geringe aantal van de strafbare feiten die voor de rechter worden gebracht, betekent de rechtszekerheid ook dat de individuele burger die wordt vervolgd in bepaalde omstandigheden het recht heeft om te vernemen welke de motieven zijn die de vervolgingsbeslissing hebben tweegebracht. De selectieve toepassing van de strafwet brengt immers de vraag met zich naar de criteria die aan de selectie ten grondslag hebben gelegen.

De seponering, hoeksteen van het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie, wordt traditioneel gefundeerd op het opportuniteitsbeginsel. Hoewel dit principe in geen enkele wettekst formeel tot uitdrukking wordt gebracht, wordt er niet aan getwijfeld dat in België het beginsel van de op-

portuniteit van de vervolging geldt⁴⁸. Om begrijpelijke redenen is het belang van dit opportuniteitsbeginsel toegenomen naarmate het openbaar ministerie minder en minder in staat bleek alle strafbare feiten voor de rechter te brengen. Uit de beschikbare statistiek van honderdvijftig jaar gerechtelijke activiteit in België blijkt dat seponering aanvankelijk de uitzondering was doch dat vanaf 1910 het aantal septs het aantal vervolgingen is beginnen te overtreffen en het sepot langzamerhand de regel is gaan worden⁴⁹. De omstandigheden waaronder het openbaar ministerie over een eventuele vervolging dient te beslissen, zijn dan ook vanuit een dubbel oogpunt grondig veranderd. In de eerste plaats is het O.M. meer dan vroeger verplicht een selectie te maken. Ten tweede is ook de keuze die het O.M. dient te maken, veel complexer geworden. Terwijl aanvankelijk de keuze beperkt was tot de vraag naar vervolging of sepot, werden in de loop der jaren aan het openbaar ministerie tal van alternatieven aangereikt waardoor het mogelijk werd een strafbaar feit niet te vervolgen doch ook niet zonder enig gevolg te laten. De beweging om deze mogelijkheden van afdoening buiten de rechter om uit te breiden blijft bestaan en maakt van het openbaar ministerie in toenemende mate de centrale pijler van het strafrechtsbestel.

15. De alternatieven die aan het openbaar ministerie worden geboden, zijn inderdaad steeds ruimer. Naast de mogelijkheid om te seponeren of te vervolgen beschikt het openbaar ministerie immers ook over andere reactiemodellen. In de eerste plaats kan het gebruik maken van het instituut van de minnelijke schikking (V.S.B.G.). Heel wat misdrijven komen hiervoor in aanmerking aangezien artikel 216bis Sv. zulks mogelijk maakt voor misdrijven waarop hetzij een geldboete, hetzij een gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaar, hetzij beide straffen staan. De kans is groot dat de mogelijkheden voor het aanbieden van een minnelijke schikking nog verruimd zullen worden indien het in de Senaat goedgekeurde wetsontwerp houdende regeling van een procedure voor de bemiddeling van strafzaken ook in de Kamer van Volksvertegenwoordigers wordt goedgekeurd. Artikel 1 van dit ontwerp wijzigt immers artikel 216bis Sv. door de strikte voorwaarde van volledige vergoeding van de veroorzaakte schade te versoepelen. De volledige vergoeding kan worden vervangen door een bewijs van de vergoeding van het niet-betwiste gedeelte van de schade gekoppeld aan de schriftelijke erkenning door de dader van zijn burgerlijke aansprakelijkheid voor het schadeverwekkende feit. In dit laatste geval is het aanvaarden van de minnelijke schikking

⁴⁵ KELLENS, G., «Diversifications des sanctions», *Ann.Dr.Lv.*, 1983, 121; BOSLY, H., «Du droit pénal des affaires», in *Punir mon beau souci*, Brussel, Editions de l'ULB, 1984, 200.

⁴⁶ DE SMET, B., «De onoverkomelijke rechtsdwaling als wapen tegen overregulering en artificiële incriminaties», *R.W.*, 1992-93, 1288-1295.

⁴⁷ DELMAS-MARTY, M., *Le flou du droit*, Parijs, P.U.F., 1986, 43.

⁴⁸ JANSSEN, C. en VERVAELE, J., *Le Ministère Public et la politique de classement sans suite*, Brussel, Bruylant, 1990, 11-13; VERVAELE, J., «Het openbaar ministerie in de strafrechtspleging. Vergt strafrechtsbeleid een nieuwe definitie van de trias politica?», *R.W.*, 1990-91, 1017; VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1993, 43, nr. 37. Een wettelijke erkenning van de praktijk wordt soms onderkend in artikel 14 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken (FRANCHIMONT, M. JACOBS, A. en MASSET, A., *Manuel de procédure pénale*, Luik, Editions du jeune barreau de Liège, 1989, 54).

Het principe van de opportuniteit van de vervolging staat tegenover dat van de legaliteit, waar elk misdrijf voor de rechter moet worden gebracht en alleen mag worden geseponeerd om technische redenen.

⁴⁹ JANSSEN, C. en VERVAELE, J., o.c., 386.

door de dader een onweerlegbaar vermoeden van fout⁵⁰. Het is meteen duidelijk dat ook de civielrechtelijke gevolgen van de aanvaarding van een minnelijke schikking aan de beslissing van het openbaar ministerie een bijzondere dimensie verlenen.

De praetoriaanse probatie blijft eveneens een mogelijk alternatief voor de vervolging, aan te wenden door het openbaar ministerie. Niets belet dit orgaan immers de seponeringsbeslissing op officiële wijze te verbinden aan bepaalde voorwaarden die kunnen worden afgesproken tussen het parket en de dader⁵¹.

Hoewel zulks momenteel in België niet wettelijk geregeld is, dient ook de aandacht te worden gevestigd op de mogelijkheid van andere afspraken tussen parket en dader, namelijk de zogenaamde «plea bargaining»⁵². Dat dit fenomeen ondertussen Europa heeft bereikt, blijkt uit sommige berichten als zouden zulke informele afspraken in Zwitserland in 20 tot 30 procent van de strafzaken voorkomen⁵³. Het is bijgevolg niet uitgesloten dat deze praktijk ook in ons land in de toekomst een rol zal spelen zodat bij de bespreking van de appreciatievrijheid van het openbaar ministerie hiermee rekening dient te worden gehouden.

Een vierde alternatief, dat wellicht in de nabije toekomst kracht van wet zal krijgen, is de reeds genoemde bemiddeling van strafzaken. Hoewel deze geplande vernieuwing slechts beoogt het O.M. een bemiddelende rol te laten spelen met betrekking tot de vergoeding door de dader van de aan het slachtoffer toegebrachte schade, staan wij hier toch voor een werkelijk alternatief voor de vervolging waarbij tegelijk straffeloosheid vermeden wordt⁵⁴. Deze bemiddeling

kan immers uitmonden in de vervulling door de dader van een dienstverlening aan de gemeenschap⁵⁵ en bovendien bepaalt het ontwerp dat de strafvordering vervalt wanneer de dader heeft voldaan aan alle door hem aanvaarde voorwaarden. Bemiddeling kan bovendien in alle strafzaken, voor zover het feit niet van die aard schijnt te zijn dat het gestraft moet worden met een hoofdstraf van meer dan twee jaar correctionele gevangenisstraf. Net zoals de minnelijke schikking kan ook deze – toekomstige – rechtsfiguur op heel wat misdrijven worden toegepast, hoewel het systeem in het leven geroepen is voor de toevallige delinquent die zich van zijn fout bewust is en de telastleggingen niet betwist. De goed ogende term «bemiddeling» mag geen twijfel laten over de grote impact van deze procedure tegenover de dader. Niet alleen kan deze uitmonden in een – weliswaar «aanvaarde» – dienstverlening maar bovendien wordt in het ontwerp bepaald dat de aanvaarding van de gedane voorstellen door de dader tot gevolg heeft dat de fout van deze laatste tegenover de slachtoffers die niet bij de bemiddeling zijn betrokken, als onweerlegbaar wordt vermoed. Net zoals de voorgestelde uitbreiding van het instituut van de minnelijke schikking heeft ook dit ontwerp – op het civielrechtelijk vlak – verstrekkende gevolgen voor de dader.

Ten vijfde kan worden opgemerkt dat in het ontwerp op de invoering van het zogenaamde «snelrecht» een belangrijke functie wordt toegemeten aan het openbaar ministerie. Dit laatste beslist immers over de eventuele toepassing van de versnelde procedure. Een controlemechanisme is evenwel ingebouwd door de rechter toe te staan het dossier terug te sturen naar de procureur des Konings indien de moeilijkheid van de zaak volgens hem bijkomende onderzoeken vereist⁵⁶.

16. Uit het voorgaande blijkt dat de keuze waarvoor het O.M. zich geplaatst ziet, niet beperkt is tot de keuze tussen een vervolgings- of een seponeringsbeslissing. De regels waarop het vervolgingsbeleid dient te steunen en de manier waarop deze tot stand dienen te komen, zijn in het verleden meermaals onderzocht. Het is evident dat het openbaar ministerie in dezen een eersterangsrol te vervullen heeft⁵⁷. Be-

van straffeloosheid wordt ontnomen». (*Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/2, 17).

⁵⁵ Door sommigen wordt betwist – o.i. terecht – dat in het kader van een bemiddeling tot een dienstverlening zou kunnen worden besloten. De dienstverlening heeft immers het karakter van een (alternatieve) straf en het opleggen van straffen dient door een rechter te gebeuren. Alternatieve afdoening van misdrijven buiten het proces om laat daarom nog niet de toepassing van een alternatieve straf toe. Het valt namelijk te vrezen dat het openbaar ministerie vrij snel op de mogelijkheid van dienstverlening zal terugvallen om het misdrijf niet zonder enige strafrechtelijke reactie te laten (*DE RUYVER, B.*, «De alternatieve straffen: een modetrend of een volwaardig instrument?», in *Liber Amicorum J. D'Haenens*, Gent, Mys & Breesch, 1993, 110-111; *DE RUYVER, B.*, «Alternatieve straffen: zijn er grenzen aan de creativiteit?», *Excerpta Criminologica*, nr. 15, 1993, 2-3).

⁵⁶ De voorgestelde tekst van het nieuwe artikel 216octies Sv. (*Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 819/1).

⁵⁷ Hier wordt niet ingegaan op de rol van de minister van Justitie in dezen, evenmin als op het statuut van de ambtenaren van het O.M. en hun verhouding tot de minister. Zie hiervoor o.a. *VERVAELE, J.*, «Het openbaar ministerie in de strafrechtspleging. Vergt strafrechtsbeleid een nieuwe definitie van de trias politica?», *R.W.*,

⁵⁰ Deze voorgestelde wijziging wordt geïnspireerd door het verlangen enerzijds om de mogelijkheden van afdoening buiten het proces te verruimen en de vaststelling anderzijds dat de vrij geringe toepassing van het instituut van de minnelijke schikking voor een groot deel te wijten is aan het bestaan van deze strikte voorwaarde van voorafgaande vergoeding van alle veroorzaakte schade. Dit oorspronkelijk afzonderlijk ingediende wetsvoorstel betreffende de strafrechtelijke schikking werd in de vorm van een amendement ingevoegd in het wetsontwerp houdende regeling van een procedure voor de bemiddeling van strafzaken. Het volledige wetsontwerp is op 14 juli 1993 in de Senaat goedgekeurd. (*Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nrs. 652/1 en 652/2: voor het onderdeel ter wijziging van artikel 216bis Sv. zie *Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 652/2, 58-72).

⁵¹ *VERSTRAETEN, R.*, o.c., 44, nr. 39.

⁵² *VAN DEN WYNGAERT, C.*, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1991, I, 36. Bij deze in de Verenigde Staten frequent toegepaste praktijk wordt een akkoord over de strafvordering bereikt waarbij de beklagde een mindere aanklacht bekent en het openbaar ministerie bij wijze van tegenprestatie de vervolging wegens de zwaardere aanklacht laat vallen. Zulk een overeenkomst kan vanzelfsprekend ook passen in het kader van het verkrijgen van nuttige inlichtingen betreffende zware groepsriminaliteit.

⁵³ *OBERHOLZER, N.*, «Absprachen in Strafverfahren – pragmatische Entlastungsstrategie oder Abkehr vom strafprozessualen Modell?», *ZStrR*, 1993, 157-174; *SCHMIDT-HIEBER, W.*, «Das Bedürfnis nach Absprachen zwischen Verfahrensbeteiligten», *ZStrR*, 1993, 147-156.

⁵⁴ Zulks blijkt ook uit de toelichting die door de minister van Justitie in de senaatscommissie werd gegeven met betrekking tot de doelstellingen van het ontwerp: «In de eerste plaats biedt zij (de strafbemiddeling) de mogelijkheid de dader van een misdrijf snel met de overtreden norm te confronteren waarmee hem de illusie

langrijk in het licht van het hier behandelde onderwerp is de vraag naar de verantwoording van de vervolgingsbeslissing in een bepaald concreet dossier. Een van de nadelen van de hantering van het opportuniteitsbeginsel is immers de vaststelling dat het kan leiden tot vervolging van personen wegens een bepaald misdrijf terwijl andere personen voor andere soortgelijke feiten of voor hetzelfde feit niet worden vervolgd⁵⁸. Het Hof van Cassatie heeft aangenomen dat zulks niet in strijd is met het in de grondwet ingeschreven gelijkheidsbeginsel⁵⁹. Toch kan niet worden ontkend dat vervolgings- of seponeringsbeslissingen tot een gevoel van ongelijke behandeling aanleiding kunnen geven. Het probleem doet zich voor vanuit het standpunt van diverse procespartijen. Een seponeringsbeslissing kan door het slachtoffer aangevoeld worden als een benadeling doch hiertegenover staat de mogelijkheid van de burgerlijke-partijstelling bij de onderzoeksrechter of de rechtstreekse dagvaarding. Een slachtoffer is bijgevolg vrij goed gewapend tegen een seponeringsbeslissing van het O.M. Anders is het echter met de vervolgingsbeslissing die door de vervolgte als arbitrair wordt aangevoeld, bijvoorbeeld omdat tal van soortgelijke feiten niet worden vervolgd. Bij de gegrondheid van de ingestelde strafvordering mag de rechter immers geen oordeel vellen over de door het O.M. genomen vervolgingsbeslissing. Voor het O.M. bestaat ook geen wettelijke verplichting om de vervolgingsbeslissing in concreto te motiveren. Dat de vervolgingsbeslissing op aannemelijke gronden dient te berusten, staat nochtans buiten twijfel⁶⁰.

Indien al een onjuiste hantering van het opportuniteitsbeginsel geen schending van het gelijkheidsbeginsel uitmaakt, kan echter de vraag worden gesteld naar de verhouding van het opportuniteitsbeginsel tot het legaliteitsbeginsel. Meer bepaald kan de vraag worden gesteld of een ex-

plicitering van de criteria ter hantering van het opportuniteitsbeginsel geen aspect van het legaliteitsbeginsel is.

Het legaliteitsbeginsel werd geconstrueerd in een tijd waarin het begrip van de opportuniteit van de vervolging niet bekend en ook niet nodig was. Wanneer volgens de wet een bepaald feit strafbaar was, betekende dit toen dat, als eenmaal het feit was gepleegd, er bijna zeker een vervolging op gang zou komen. In het prille begin van het bestaan van het legaliteitsbeginsel bestond er geen kloof tussen theoretische strafbaarstelling en concrete vervolging en bestrafing. Voor de justitiabele was dit een element van rechtszekerheid. De hedendaagse situatie is hiermee niet meer vergelijkbaar. Het individu wordt geconfronteerd met de situatie waarin twee derde tot drie vierde van de feiten worden geseponeerd en daarnaast voor de andere groep feiten nog de mogelijkheid bestaat dat het O.M. naar een van de technieken van alternatieve afdoening buiten de rechter om grijpt. Gegeven de relatief kleine kans dat het parket een vervolgingsbeslissing neemt, komt het begrijpelijk over dat in sommige gevallen de beklaagde zich vragen stelt over het karakter van de vervolgingsbeslissing zelf. In tegenstelling tot het legaliteitsbegrip van Beccaria is het legaliteitsbeginsel anno 1994 immers in grote mate gerelateerd aan de concrete toepassing van de wettelijke norm. Wanneer een persoon wordt vervolgd terwijl dit niet het geval is in andere soortgelijke situaties, kan dit gerechtvaardigd zijn doch de betrokkene kan wel een recht laten gelden op enige motivering van de vervolgingsbeslissing. Hierdoor kan nagegaan worden of de vervolgingsbeslissing niet kennelijk onredelijk genoemd kan worden. In een aantal gevallen kan aan de beklaagde de gelegenheid worden gegeven de vervolgingsbeslissing in zijn concrete context in het debat te betrekken en deze aan een marginale rechterlijke toetsing te onderwerpen. Dit kan beschouwd worden als de concrete werking van het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid.

Hierbij moet ervoor gewaakt worden dat aan het O.M. ruimte blijft voorbehouden om via de hantering van het opportuniteitsbeginsel een vervolgingsbeleid uit te werken en dat de rechter zich niet in de plaats van het O.M. gaat stellen. Een marginale toetsing van de concrete vervolgingsbeslissing aan de beginselen van een goede procesorde mag immers niet uitmonden in een teloorgang van het beginsel van de opportuniteit van de vervolgingen.

VI. DE MOTIVERING VAN DE RECHTERLIJKE UITSPRAKEN

17. De motivering van de rechterlijke uitspraak kan zonder overdrijving beschouwd worden als een van de fundamentele beginselen van de werking van ons strafrechtsapparaat. Het belang en het nut van dit beginsel zijn ook nooit ernstig in twijfel getrokken. Integendeel kan worden vastgesteld dat de wetgever sedert de onafhankelijkheid van België de eis van motivering van de rechterlijke uitspraken steeds heeft uitgebreid, ook wanneer het niet ging om einduitspraken op de strafvordering (bv. inzake voorlopige hechtenis).

Het verband tussen het motiveringsvereiste en de rechtszekerheid is duidelijk. De functie van de motivering bestaat immers in het scheppen van de mogelijkheid om toezicht uit te oefenen over de wijze waarop de rechter in een concrete

1990-91, 1014-1023; VANDE LANOTTE, J., «Bedenkingen bij de 'onafhankelijkheid' van het openbaar ministerie», *R.W.*, 1990-91, 1001-1014. VERVAELE doet het voorstel waarbij het door het O.M. te voeren beleid in jaarverslagen zou worden opgenomen die dan jaarlijks aan de minister van Justitie en het Parlement zouden worden voorgelegd. Deze verslagen zouden inzicht verschaffen in de vervolgingspraktijk van het afgelopen jaar en beleidslijnen aangeven voor het komende jaar. (VERVAELE, J., o.c., 1023). Natuurlijk dient hierbij rekening te worden gehouden met het feit dat een vervolgingsbeleid van het O.M. niet kan vermijden dat benadeelden de strafvordering zelf in werking stellen door de middelen die de wet hun daartoe biedt.

⁵⁸ VERSTRAETEN, R., o.c., p. 44, nr. 40.

⁵⁹ Cass., 13 december 1989, *Arr.Cass.*, 1989-90, nr. 236. Deze situatie is evenmin in strijd met artikel 6 E.V.R.M. (Cass., 15 februari 1985, *Arr.Cass.*, 1984-85, nr. 332).

⁶⁰ «Het beginsel van de opportuniteit van de strafvervolgning houdt in dat het O.M. oordeelt of het strafvervolggen zal instellen dan wel de zaak zal seponeren. Dit betekent niet dat de ene of de andere beslissing zonder meer afhangt van de willekeur van het O.M. Ze mag enkel steunen op overwegingen van algemeen belang. Dit impliceert dat de magistraat van het O.M. zich bestendig moet bezinnen over de rol die het strafrecht in de samenleving te vervullen heeft en dat hij, rekening houdend met de concrete werkelijkheid, de gelijkheid van de individuen voor de strafwet moet behartigen door een automatische en onpersoonlijke toepassing van de strafwet te vermijden» (D'HAENENS J., *Belgisch strafprocesrecht*, Gent, Story-Sciendia, 1985, 103-104, nr. 149).

situatie de wet heeft toegepast⁶¹. Het enorme belang van dit voorschrift blijkt uit de grondwettelijke vertaling ervan in artikel 97 (oud, nieuw art. 149) van de Grondwet, luidens hetwelk elk vonnis met redenen wordt omkleed. De wijziging van dit artikel werd in de opeenvolgende grondwetsherzieningen nooit in het vooruitzicht gesteld⁶². Het doel van het motiveringsvereiste bestaat erin de burger te beschermen tegen eventuele willekeur van de rechter. Het legaliteitsbeginsel bestrijdt eventuele willekeur van de wetgever doch de willekeur mag niet eenvoudigweg verplaatst worden naar de rechterlijke macht. Het legaliteitsbeginsel heeft immers te maken met het abstracte bestaan van de wet doch maakt daarom aan de justitiabele niet meteen duidelijk waarom deze wet op hem wordt toegepast. De burger die de gevolgen van de toepassing van de wet draagt, heeft het recht de redenen hiervan te vernemen, zeker in een tijd waarin soms een grote afstand ligt tussen het bestaan van de wet en haar concrete toepassing.

De motivering van een rechterlijke uitspraak vervult dan ook een soort brugfunctie tussen de wet en de individuele burger. Het motiveringsvereiste is een onmisbare schakel in de driehoeksverhouding wetgever/rechter/burger en dient te worden gezien als een noodzakelijke aanvulling van het legaliteitsbeginsel. De concrete motivering van het rechterlijk oordeel maakt het legaliteitsbeginsel zichtbaar. Close omschrijft de ratio legis van de motiveringsverplichting treffend als volgt: «De manière idéale, la motivation d'un jugement devrait traduire la totalité du raisonnement du juge qui, procédant par échelons successifs s'élève de la présomption d'innocence à la culpabilité, puis de la mesure la plus indulgente à la peine la plus sévère⁶³.»

Aan het motiveringsvereiste zijn ook voordelen verbonden voor de kwaliteit van het rechterlijk oordeel op zich. De strafrechter is immers verplicht aan zijn beoordeling de nodige zorgen te besteden, al was het maar om aan de motiveringsverplichting te voldoen. Ten slotte is het duidelijk dat een motivering ook vereist is om de eventuele beroepsinstantie in staat te stellen te oordelen over de bestreden uitspraak en er de regelmatigheid van te beoordelen. Naast de functie van explicitering van het rechterlijk oordeel draagt het motiveringsvereiste zodoende ook bij tot een efficiënte rechtsbedeling.

In het kader van deze bijdrage is het niet de bedoeling de overvloedige rechtspraak en rechtsleer omtrent de motiveringsverplichting op exhaustieve wijze te analyseren en te herhalen⁶⁴. Alleen moet de aandacht gevestigd worden

op twee realiteiten. Enerzijds lost het motiveringsvereiste niet alles op en dient met betrekking tot de motivering van het antwoord op de schuldvraag te worden gewezen op een zekere onmacht. Anderzijds dient te worden gewezen op de recente wijziging van artikel 195 Sv. met betrekking tot de motivering van de straftoemeting en het te verwachten groeiende belang van dit wetsartikel.

18. De eerste bemerking betreft de grenzen van de algemene motiveringsverplichting ex artikel 97 (oud, nieuw art. 149) van de Grondwet en de artikelen 163 en 195 Sv. De omvang van de eis van motivering kan in hoge mate worden beïnvloed door de houding van de beklagde. Bij afwezigheid van enige conclusie is aan de motiveringsverplichting voldaan door op ondubbelzinnige wijze te stellen dat het feit, omschreven in de bewoordingen van de wet, met aanduiding van plaats en datum in al zijn constituerende elementen bewezen is⁶⁵. De rechter hoeft hierbij geen nadere uitleg te geven over de redenen waarom hij meent dat de ten laste gelegde feiten bewezen zijn of waarom hij bepaalde afzonderlijke bewijselementen heeft geïnterpreteerd zoals hij heeft gedaan. Deze summier te noemen motiveringsverplichting kan in sterke mate uitgebreid worden door het neerleggen van een conclusie waarin een of meer bestanddelen van de tenlastlegging worden betwist. Een loutere ontkenning volstaat evenwel niet aangezien de rechter hier aan de motiveringsverplichting voldoet door het misdrijf bewezen te verklaren. Een loutere bewering wordt regelmatig beantwoord door het tegenovergestelde te verklaren⁶⁶.

In de mate waarin de bewijswaardering van bepaalde elementen in het debat wordt gebracht, kan de rechter wel tot een nadere motivering worden gedwongen. Zo dient de rechter bijvoorbeeld te antwoorden op de conclusie waarin op gemotiveerde wijze wordt aangevoerd dat een verklaring van een bepaalde getuige niet betrouwbaar is. De rechter is in deze omstandigheden verplicht te motiveren waarom hij die verklaring wél betrouwbaar acht. De verplichting tot beantwoording van een conclusie bestaat slechts voor de rechter voor zover de in deze conclusie aangevoerde argumenten op hun beurt gemotiveerd zijn.

Niettegenstaande de macht die aan de procespartijen is toebedeeld om het motiveringsvereiste tot op zekere hoogte uit te breiden, zal met betrekking tot de motivering van de schuld of de onschuld van de beklagde steeds een grijze zone blijven bestaan waar het oordeel van de rechter niet voor explicitering vatbaar is. De kern van de innerlijke overtuiging van de strafrechter zal immers voor het recht steeds voor een deel ongrijpbaar blijven. Het strafrecht is historisch voor een groot deel gebouwd rond de figuur van de rechter en heeft diens innerlijke overtuiging als fundament. Het ideeëngoed van de Verlichting heeft het ontstaan gegeven aan het concept van de morele zekerheid («la certitude morale») als criterium voor een oordeel over de schuld van de verdachte⁶⁷. Dat het niet eenvoudig is het begrip van de innerlijke overtuiging te objectiveren, is onlangs nog bewe-

⁶¹ DU JARDIN, J., «Motivering van vonnissen en arresten in strafzaken», *Comm. Strafrecht en Strafvordering*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 5; LEGROS, R., «Considérations sur les motifs», *R.D.P.*, 1970-71, 3; DUMON, F., «De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten», *R.W.*, 1978-79, 260.

⁶² CONSTANT, J., «Propos sur la motivation des jugements et arrêts en matière répressive», *J.T.*, 1970, 661.

⁶³ CLOSE, F., «La loi du 27 avril 1987 sur la motivation des peines», *J.L.M.B.*, 1987, 1414-1415.

⁶⁴ Naast de in de noten 61 en 62 aangehaalde literatuur zie ook VERSTRAETEN, R., *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1993, 470-476, nrs. 1511-1534; FRANCHIMONT, M., JACOBS, A. en MASSET, A., *Manuel de procédure pénale*, Luik, Editions du jeune barreau de Liège, 1989, 548-551.

⁶⁵ DU JARDIN, J., *o.c.*, 16; VERSTRAETEN, R., *o.c.*, 472, nr. 1520, en de bij deze auteurs aangehaalde rechtspraak.

⁶⁶ VERSTRAETEN, R., *o.c.*, 476, nr. 1533.

⁶⁷ De «conviction intime» werd voor het eerst uitgedrukt in de instructie aan de jury in 1791, die vrijwel ongewijzigd als artikel 342 in het Wetboek van Strafvordering is terechtgekomen (TRAEST, Ph.,

zen⁶⁸. Het gevaar is immers zeer groot dat hierbij steeds teruggesproken wordt naar bewoordingen die blijven verwijzen naar het geweten van de rechter. Het probleem van de onvermijdelijke vaagheid van de notie van de innerlijke overtuiging wordt op deze manier alleen verplaatst.

Het is geen toeval dat de wet aan de motivering van de straftoemeting meer aandacht schenkt dan aan de motivering van het rechterlijk oordeel over de schuld of de onschuld van de verdachte. Zulks is niet te wijten aan een gebrek aan interesse van de wetgever voor dit aspect van de rechterlijke uitspraken doch aan het begrip zelf van de innerlijke overtuiging van de rechter. De rechtszekerheid die aan de justitiabele op dit punt wordt geboden, hangt vrijwel volledig af van de manier waarop hij zijn verweer voert. De innerlijke overtuiging van de rechter kan slechts veruitwendigd worden als gevolg van de neerlegging van conclusies doch de motiveringsverplichting kent ook dan haar grenzen. De rechter is niet verplicht de «redenen van zijn beweegredenen» aan te geven⁶⁹ zodat de reden waarom de rechter aan het ene bewijselement meer waarde hecht dan aan het andere niet steeds onbetwistbaar kan komen vast te staan. De beklaagde staat vrij machteloos wanneer hij een vonnis of een arrest wenst aan te vechten dat tot een bepaald besluit in feite komt op basis van elementen die door de rechter wel worden aangeduid doch waarvan de uitlegging of de interpretatie betwist worden. De bovenvermelde stelling van het Hof van Cassatie volgens welke de rechter niet verplicht is de redenen van zijn beweegredenen te geven, werd telkens geformuleerd als antwoord op een middel waarbij de feitenrechter verweten werd niet te hebben gepreciseerd op grond van welke redenering hij uit de aangegeven feitelijke elementen tot het besluit is gekomen⁷⁰. Zelfs indien het Hof van Cassatie de marginale toetsing van de in de beslissing aanwezige logica zou verruimen⁷¹ kan het ultieme moment van bewijswaardering moeilijk afdoend gemotiveerd worden. Een exhaustieve motivering van het meer of minder overtuigende karakter van een bepaald bewijselement uit het dossier kan tot op zekere hoogte vereist worden maar kent vrij vlug haar grenzen⁷². Op dit punt is de justitiabele dan ook verplicht aan de rechter vertrouwen te schenken.

Het bewijs in strafzaken, Gent, Mys & Breesch, 1992, 450-455, nr. 888-901).

⁶⁸ HOYER heeft in een recent artikel een poging tot objectivering van de innerlijke overtuiging ondernomen. Hij stelt dat redeneringen die wijzen op een mogelijke schuld van de dader alleen aangewend zouden mogen worden indien hun juistheid objectief hoogst waarschijnlijk en subjectief zeker is. Deze criteria brengt hij in verband met de door de wet bepaalde strafmaat en verwerkt hij dan in een wiskundige formule die hij aan Condorcet ontleent (HOYER, A., «Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip 'in dubio pro reo'», *ZStW*, 1993, 523-556).

⁶⁹ Cass., 3 december 1991, *Arr. Cass.*, 1991-92, nr. 177.

⁷⁰ In het in de vorige noot vermelde arrest van 3 december 1991 was wel een schending van artikel 6.2 EVRM (vermoeden van onschuld) opgeworpen. In een vroeger arrest van 2 maart 1953 (*Arr. Verbr.*, 1953, 445-447) was deze formule evenwel gebruikt als antwoord op een middel afgeleid uit schending van artikel 97 (oud, nieuw art. 149) van de Grondwet.

⁷¹ Zie hieromtrent DU JARDIN, J., *o.c.*, 12-13.

⁷² VERHAEGEN, J., «Le contrôle conceptuel des motifs du jugement pénal et les appréciations souveraines du juge du fond», *J.T.*, 1977, 326.

19. Met betrekking tot de motivering van de straftoemeting ligt de situatie volkomen anders. De wetgever heeft in de artikelen 163 en 195 Sv. aan de rechter de verplichting opgelegd om in een aantal gevallen de aard van de gekozen straf en de strafmaat nader te verantwoorden. De Commissie tot herziening van het Strafwetboek gaf op het einde van de zeventiger jaren te kennen dat een motivering van de straftoemeting nodig was, gelet op de grote verscheidenheid van strafrechtelijke sancties. De Commissie was van plan richtlijnen op dat punt uit te werken die gebaseerd zouden zijn op het criterium van de doeltreffendheid van de sanctie, individueel en ten aanzien van de maatschappij⁷³. Op het ogenblik dat de Commissie immers haar werkzaamheden aanving, bestond op het vlak van de motiveringsverplichting bijna niets. Alleen indien met betrekking tot de straftoemeting conclusies waren genomen, ontstond ingevolge de bepaling van artikel 97 (oud, nieuw art. 149) Gw. een min of meer consistente motiveringsverplichting⁷⁴. Na vier jaar parlementaire bespreking werd bij de wet van 27 april 1987 een aanzienlijke vooruitgang geboekt bij de bevordering van de motivering van de straftoemeting door de rechter. Door deze wet werden de artikelen 163 en 195 van het Wetboek van Strafvordering volledig vervangen. Zonder exhaustief op deze regeling te willen ingaan⁷⁵ moet worden opgemerkt dat de aan de politierechter opgelegde motiveringsverplichting minder ruim is dan het geval is voor de correctionele rechtbank. Van de politierechtbank wordt door het tweede lid van artikel 163 Sv. alleen een bijzondere motivering van de straftoemeting vereist wanneer veroordeeld wordt tot het verval van het recht om een voertuig te besturen. In dit geval dienen zowel de redenen van de keuze van deze straf als de duur ervan te worden gemotiveerd. De correctionele rechtbank dient daarentegen de keuze van elke straf of maatregel te verantwoorden indien de wet aan de rechter ook werkelijk een keuzevrijheid laat. Nog steeds volgens artikel 195, tweede lid, Sv. dient voor elke straf of maatregel de maat te worden gemotiveerd. Het onderscheid in de omvang van de motiveringsverplichting tussen uitspraken van de politierechtbank en die van de correctionele rechtbank is begrijpelijk doch komt tevens kunstmatig over wanneer men bedenkt dat door de politierechtbank in nogal wat gevallen correctionele straffen kunnen worden uitgesproken.

Toch kan niet worden ontkend dat deze wet een aanzienlijke bijdrage heeft geleverd tot de rechtszekerheid door de justitiabele de redenen voor een bepaalde straftoemeting duidelijk te maken. Het stelsel dat door de wet van 27 april 1987 is ingevoerd, is coherent en zal in de toekomst ongetwijfeld nog belangrijker worden wanneer nieuwe straffen eventueel zullen worden ingevoerd. Nu de Gemeenschappen en de Gewesten in afwijking van boek I van het Strafwetboek nieuwe straffen mogen invoeren met betrekking tot de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn, valt te verwachten dat bijvoorbeeld in de sector van het milieustraf-

⁷³ Commissie voor de herziening van het Strafwetboek, *Verslag over de voornaamste grondslagen voor de hervorming*, juni 1979, 76-78.

⁷⁴ DUPONT, L., «Een minicommendaar bij de wet van 27 april 1987 in verband met de motivering van de straffen», in *Actuele problemen van strafrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1988, 508-509, nr. 4-6.

⁷⁵ Zie hiervoor DU JARDIN, J., *o.c.*, 22-28; DUPONT, L., *o.c.*, 506-530.

recht aan de rechter de beschikking zal worden gegeven over nieuwe straffen ⁷⁶.

Het stelsel van de motivering van de rechterlijke uitspraken dreigt evenwel te worden ontwricht door enkele recente wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering. Artikel 2 van de programmawet van 24 december 1993, verschenen in het Belgisch Staatsblad van 31 december 1993, voegt aan het tweede lid van artikel 195 Sv. een bepaling toe, luidend als volgt: «Wanneer hij veroordeelt tot een geldboete kan hij voor de vaststelling van het bedrag ervan rekening houden met de door de beklaagde aangevoerde elementen over zijn sociale toestand.» Deze wijziging is op 1 januari 1994 in werking getreden. Deze op het eerste gezicht mooi ogende en de rechtszekerheid bevorderende bepaling roept bij nader toezien heel wat bedenkingen op die nopen tot het besluit dat door deze tekst bewust of onbewust een hiermee strijdige realiteit wordt verschoond.

De oorsprong van deze bepaling is duidelijk wanneer men het voorgaande artikel van de wet onder ogen neemt. Artikel 1 van de Programmawet verhoogt de opdecimes op de strafrechtelijke geldboeten in gevoelige mate. Vanaf 1 januari 1994 worden deze verhoogd tot 1490 decimes en vanaf 1 januari 1995 tot 1990 decimes. Dit betekent dat een zelfde geldboete op 1 januari 1995 het dubbele zal bedragen van wat ze op 31 december 1993 was. Wanneer men in herinnering brengt dat de techniek van de opdecimes ertoe strekt de repressieve kracht van de geldboeten te bewaren tegen de geleidelijke muntontwaarding ⁷⁷ is het duidelijk dat de actuele en in het vooruitzicht gestelde verhoging breekt met de ratio legis van dit stelsel. De memorie van toelichting laat overigens verstaan dat deze verhoging moet dienen om het meerjarenplan voor justitie te helpen financieren. Het is dus niet overdreven te gewagen van een budgettair gebruik van het strafrecht. De aanvulling van artikel 195 Sv. past luidens de memorie van toelichting eveneens in de beweging tot verhoging van de opdecimes. Aangezien aangevoeld werd dat de verhoging van de opdecimes buitensporig was, werd dit gecompenseerd door deze «bijkomende» appreciatievrijheid voor de rechter in te voeren ⁷⁸. Uit de besprekingen in de kamercommissie voor Justitie blijkt dat de rechter enerzijds niet verplicht is met de sociale toestand van de betrokkene rekening te houden doch dat het de rechter anderzijds ook niet toegestaan is wegens de sociale toestand van de beklaagde een straf uit te spreken die onder het wettelijk minimum ligt ⁷⁹.

⁷⁶ Hierbij kan o.a. gedacht worden aan de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel, de openbaarmaking van het vonnis of het verbod een bepaalde beroepsactiviteit uit te oefenen, zoals voorgesteld door de Interuniversitaire Commissie tot herziening van het milieurecht in het Vlaamse Gewest.

⁷⁷ VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *Belgisch strafrecht*, Gent, Story-Scientia, 1976, III, 881-882, nr. 1790.

⁷⁸ «In het kader van de verhoging van de opdecimes is het aangewezen dat de rechter, op basis van artikel 2, rekening kan houden, bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete, met de door de beklaagde aangevoerde elementen over zijn sociale toestand» (*Gedr.St., Kamer*, 1993-94, nr. 1211/1, 2).

⁷⁹ Antwoord van de minister van Justitie op een vraag in de commissie (verslag van de heer DE CLERCK namens de commissie voor Justitie: *Gedr.St., Kamer*, 1993-94, nr. 1211/8, 5). Uit dit antwoord van de minister van Justitie dient ook te worden afgeleid dat het

Uit het voorgaande blijkt bijgevolg dat aan de rechter door de nieuwe bepaling van artikel 195, tweede lid, Sv. geen wezenlijke bijkomende vrijheid in de straftoemeting wordt verleend. Hij kan zich bewegen tussen het bij de wet bepaalde minimum en het maximum van de geldboete, wat hij voorheen ook kon. Artikel 2 van de Programmawet — dat strikt genomen geen betrekking heeft op de motivering aangezien de rechter niet hoeft te motiveren hoe hij de sociale toestand in rekening heeft gebracht ⁸⁰ — voegt aan de bestaande rechterlijke vrijheid niets toe doch is eveneens waardeloos als compensatie voor de verhoging van de opdecimes, wat de werkelijke ratio legis is. De toevoeging bij artikel 195 Sv. kan immers niet verhinderen dat ook de minimumgrenzen van de geldboeten in één jaar tijd zullen verdubbelen en de rechter op grond van het nieuwe artikel 195 Sv. niet onder dit minimum kan gaan bij de straftoemeting. Voor de minder gegoeiden, waar de rechter nu op grond van hun sociale toestand eerder bij de minimumstraf zal aanleunen, worden de gevolgen van de verhoging van de opdecimes niet ongeadaan gemaakt.

De recente wijziging van artikel 195 Sv. met betrekking tot de motivering brengt dan ook de systematiek in gevaar die door de wet van 27 april 1987 was ingevoerd. Niet alleen wordt een bepaling toegevoegd die aan de huidige toestand niets wezenlijk verandert, maar bovendien wordt door deze bepaling een misleidende indruk van bijkomende rechtszekerheid en maatschappelijke solidariteit gewekt terwijl de bedoeling er alleen in bestaat de pijn van de verhoging van de opdecimes — in strijd met de ratio legis van het stelsel — te verzachten.

VII. HET LEGALITEITSBEGINSEL IN DE STRAFPROCEDURE

20. Het legaliteitsbeginsel en de eis van de rechtszekerheid spelen niet alleen een rol in het materieel strafrecht. Ook met betrekking tot de strafrechtspleging stellen dezelfde beginselen, hoewel soms met andere klemtonen, een aantal eisen aan ons rechtssysteem. De bronnen waaruit geconcludeerd kan worden tot de gelding van het legaliteitsbeginsel in het domein van de strafprocedure, zijn divers ⁸¹. Wij vermelden hier alleen artikel 7, tweede lid, (oud, nieuw art. 12) van de Grondwet, volgens hetwelk niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en *in de vorm die zij voorschrijft*. Hierbij dient de aandacht ook te worden gevestigd op artikel 6, lid 2, E.V.R.M. dat het vermoeden van onschuld proclameert tot de schuld van de betrokkene *volgens de wet* is bewezen. Ook al is de formulering van het legaliteitsbeginsel op het vlak van de strafprocedure niet zo duidelijk als dit het geval is voor de incriminaties en de straffen, toch kan niet langer twijfel bestaan over het feit dat de vervolging van een burger overeenkomstig de wet dient te

de rechter evenmin mogelijk is op grond van de sociale toestand van de beklaagde bijvoorbeeld een geldboete met uitstel uit te spreken wanneer de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie dit niet meer toelaat.

⁸⁰ Een amendement dat ertoe strekte de rechter hiertoe te verplichten, werd verworpen (*Gedr.St., Kamer*, 1993-94, nr. 1211/3, 6-7, amendement nr. 29).

⁸¹ TULKENS, F. en VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, Brussel, Story-Scientia, 1993, 358-360.

geschieden. Dit wil evenwel niet betekenen dat elk detail in de strafprocedure uitdrukkelijk bij wet moet zijn bepaald. Terwijl de eis van legaliteit zeer sterk aanwezig is bij de regeling van de voorlopige hechtenis (artikel 7, derde lid, (oud, nieuw art. 12) van de Grondwet en artikel 5 E.V.R.M.) en de bevoegdheid van de strafrechten, is de toestand heel wat minder duidelijk wanneer het gaat om de bevoegdheid tot en de reglementering van diverse onderzoeksdaaden. Noch uit de Grondwet, noch uit het E.V.R.M. kan immers afgeleid worden dat alle mogelijke daaden van onderzoek door de wet moeten worden geregeld. Daarentegen dient de wet wel vast te leggen wie met onderzoeksbevoegdheden is bekleed of bij delegatie daarmee kan worden belast. Noch met betrekking tot het opsporingsonderzoek, noch met betrekking tot het gerechtelijk onderzoek bevat het Wetboek van Strafvordering een exhaustieve opsomming van de diverse onderzoeksdaaden die kunnen worden verricht⁸². Afgezien van enkele schaarse bepalingen in het Wetboek van Strafvordering en de regeling van de voorlopige hechtenis wordt de bevoegdheid van de onderzoeksrechter in het gerechtelijk onderzoek evenwel niet wettelijk geregeld. Dit heeft ongetwijfeld te maken met de belangrijke taak die traditioneel aan de onderzoeksrechter wordt toegemeten, namelijk het zoeken van de waarheid omtrent bepaalde strafbare feiten. De opstellers van de Code d'instruction criminelle achtten het niet raadzaam de onderzoeksrechter in een al te strak keurslijf te stoppen. Er werd dan ook steeds aangenomen dat de onderzoeksrechter in het gerechtelijk onderzoek over de meest ruime bevoegdheden beschikte om de waarheid te achterhalen en hij in principe mocht overgaan tot alle onderzoeksverrichtingen die hij nuttig oordeelde. Zijn macht wordt alleen beperkt door een uitdrukkelijk verbod van de wet en het verbod om daaden te verrichten die strijdig zijn met de waardigheid van zijn ambt⁸³. Het legaliteitsbeginsel vervult op het domein van de onderzoeksbevoegdheden in het strafproces bijgevolg een andere functie dan in het materieel strafrecht. De legaliteit komt hier vooral te voorschijn als een begrenzing van een ruim opgevatte onderzoeksbevoegdheid en niet als een positieve norm die alle bevoegdheden gedetailleerd regelt. Gelet op de finaliteit van het onderzoek en de rechtspositie die de beklagde bezit voor de vonnisgerechten, is deze optie volkomen verdedigbaar.

21. Als gevolg van de zich wijzigende maatschappelijke omstandigheden – de onderzoekstechnieken waren immers in het begin van de negentiende eeuw niet zo uitgebreid en technisch als nu het geval is – is aan de eis van legaliteit in de strafprocedure een grotere betekenis toegekomen. Het E.V.R.M. is tussenbeide gekomen om bepaalde fundamentele rechten te beschermen en heeft meteen aan de legaliteit in het strafproces een bijkomende dimensie gegeven, namelijk het bepalen van de voorwaarden waaronder aan de be-

schermde fundamentele rechten afbreuk kan worden gedaan. Zo wordt aanvaard dat, voor zover dit nodig is in een democratische samenleving in het belang van een aantal rechtsgoederen, een wet beperkingen kan stellen op het recht op eerbiediging van het privé-leven, de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, de vrijheid van meningsuiting en het recht van vereniging (artikelen 8 tot en met 11 E.V.R.M.). Door deze verdragsrechtelijke bepalingen wordt de nationale wetgever gedwongen een aantal onderzoeksdaaden en -technieken in detail te regelen aangezien de algemene omschrijving van de bevoegdheid van de onderzoeksrechter niet meer voldoet voor onderzoeksdaaden die door het verdrag beschermde rechten aantasten. Dit is duidelijk het geval voor de regeling van de registratie van telefoonoproepen (art. 88bis Sv.) en het af luisteren van telefoongesprekken aangezien beide onderzoeksdaaden een inbreuk op de privacy uitmaken. De wetgever beschikt bij het uitwerken van deze afwijkingen over een beoordelingsmarge aangezien het E.V.R.M. zelf in de mogelijkheid voorziet om van sommige rechten af te wijken. Waar sommige rechten absoluut worden geformuleerd (bv. het verbod van tortuur – artikel 3), wordt van de nationale wet volstrekte conformiteit met het verdrag vereist terwijl voor andere rechten (bv. de eerbiediging van het privé-leven - artikel 8) alleen de voorwaarde wordt gesteld dat de nationale wet verenigbaar is met het verdrag⁸⁴.

Bovendien heeft het wetsbegrip in de interpretatie van het E.V.R.M. niet alleen een formele betekenis maar staat dit eveneens voor enkele inhoudelijke kwaliteiten waaraan de nationale wet dient te beantwoorden. Dit is de diepere betekenis van de «rule of law» waaraan in de preambule van het E.V.R.M. bijzonder veel belang gehecht wordt. De bepalingen van het verdrag zijn er immers in wezen op gericht deze «rule of law» te handhaven. Het is duidelijk dat een louter formeel opgevat wetsbegrip hiervoor onvoldoende is. Uit de rechtspraak van het Europees Hof blijkt dat de wet bovendien aan drie inhoudelijke kwaliteiten dient te beantwoorden: toegankelijkheid, precisie en voorzienbaarheid⁸⁵. Het Europees Hof geeft in het arrest Malone nochtans te kennen dat deze voorwaarden niet steeds even strikt dienen te worden toegepast en dat op het vlak van de voorzienbaarheid een onderscheid kan worden gemaakt tussen een wet die beperkingen oplegt aan het gedrag van de rechtsonderhorigen enerzijds en een wet die bepaalde opsporingstechnieken regelt: «A la vérité – le Gouvernement a raison de le soutenir – les impératifs de la Convention, notamment quant à la prévisibilité, ne peuvent être tout à

⁸² D'HAENENS, J., *Belgisch strafprocesrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 335-336, nr. 436; VERSTRAETEN, R., *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1993, 122, nr. 299, en 165-166, nr. 445. Wel wordt terecht opgemerkt dat de recente wet op het politieambt van 5 augustus 1992 een overzicht van de bevoegdheden tijdens het opsporingsonderzoek poogt te geven, alsook van de daaden die door politieambtenaren kunnen worden verricht.

⁸³ Cass., 2 mei 1960, *Pas.*, 1960, I, 1020-1022, *Arr.Verbr.*, 1960, 783-786.

⁸⁴ DELMAS-MARTY, M., «Légalité pénale et prééminence du droit selon la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales», in *Droit pénal contemporain. Mélanges Vitu*, Parijs, Cujas, 151-167; VELU, J. en ERGEC, R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 146-153, nrs. 186-196.

⁸⁵ E.H.R.M., 2 augustus 1984, *Malone*, *Publ. Cour.*, serie A, vol. 82, 31-32, nrs. 66-68. Het Hof verwijst hier uitdrukkelijk naar vroegere uitspraken, zoals die in de zaak Sunday Times van 26 april 1979 en Silver van 25 maart 1983. Het vereiste van de voorzienbaarheid wordt gezien als een gevolg van de vereiste precisie. Wanneer de wet voldoende precies is, zal de burger zijn gedrag daarop kunnen afstemmen. Zie ook DELMAS-MARTY, M., o.c., 153-154; VELU, J. en ERGEC, R., o.c., 147-149, nrs. 188-191.

fait les mêmes dans le contexte spécial de l'interception de communications pour les besoins d'enquêtes de police que quand la loi en cause a pour but d'assortir de restrictions la conduite d'individus. En particulier, l'exigence de prévisibilité ne saurait signifier qu'il faille permettre à quelqu'un de prévoir si et quand ses communications risquent d'être interceptées par les autorités, afin qu'il puisse régler son comportement en conséquence ⁸⁶.»

Zelfs de relativering van de kwaliteitseisen die door Straatsburg aan de nationale wet worden gesteld, neemt niet weg dat de nationale wetgever bij zijn activiteit niet meer die verregaande vrijheid bezit die hem door de grondwetgever van 1831 was toegemeten. Hoewel het legaliteitsbegrip daarin een zeer belangrijke plaats inneemt, is het duidelijk dat de inhoudelijke benadering van het kwalitatief opgevatte wetsbegrip zich pas sedert het E.V.R.M. voor de wetgever ten volle doet gelden.

22. De controle op en het onderscheppen van telefoon-gesprekken vormt een toepassingsgebied waarin duidelijk nagegaan kan worden hoe de Belgische wetgever onder invloed van het E.V.R.M. en de interpretatie ervan door de rechtspraak tot wetgeving is overgegaan. Hoewel het Europees Hof uitdrukkelijk erkent dat de nationale wetgever met betrekking tot de uitwerking van de modaliteiten van een wettelijke regeling over een bepaalde discretionaire bevoegdheid beschikt, wordt toch opgemerkt dat deze vrijheid niet onbeperkt is gelet op het gevaar «de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre» ⁸⁷. De stelling volgens welke het Europees Hof zich in toenemende mate terughoudend opstelt met betrekking tot de telefoontap ⁸⁸ lijkt toch alleen op te gaan voor de interpretatie van de term «wet» en meer bepaald de vraag of een vaststaande rechtspraak ook als een wet in de zin van het verdrag kan worden gezien. Met betrekking tot de kwaliteitseisen die aan de wet worden gesteld kan bezwaarlijk het Hof enige terughoudendheid worden verweten. Men stelt immers vast dat het Hof in de arresten Kruslin en Huvig – meer dan in de vroegere arresten Malone en Klass – een aantal zeer concrete aanduidingen geeft omtrent de maatregelen die een nationale wet inzake telefoontap dient te bevatten om eventuele misbruiken tegen te gaan. Zo ziet het Hof als belangrijke componenten van een wettelijke regeling o.a. de bepaling van de categorie personen die afgeluisterd kan worden, en de aard van de inbreuken waarvoor dit kan gebeuren, de vaststelling van een maximale duur van de telefoontapmaatregel, de voorwaarden waaronder processen-verbaal dienen te worden opgesteld, de voorzorgen die genomen moeten worden opdat de opnamen integraal worden bezorgd met

het oog op controle door de onderzoeksrechter en raadpleging door de verdediging en een regeling met betrekking tot de uitwissing of de vernietiging van de banden na een vrij-spraak of een buitenvervolginstelling ⁸⁹.

De wetgever werd een eerste maal met het probleem geconfronteerd bij de behandeling van de wet van 11 februari 1991 tot invoering van het nieuwe artikel 88bis Sv., dat het opsporen van telefonische mededelingen toelaat. De rechtspraak van het Europees Hof alsmede die van het Hof van Cassatie dwongen de wetgever tot het uitwerken van een wettelijke regeling ⁹⁰. Terwijl de wet van 11 februari 1991 alleen maar betrekking heeft op de registratie van telefoonnummers, werd op 1 september 1993 bij de Senaat een ontwerp ingediend dat de mogelijkheid regelt om tot werkelijke telefoontap, d.w.z. het registreren en op band vastleggen van gesprekken, over te gaan ⁹¹. Uit de memorie van toelichting bij het ontwerp, waarvan – zoals blijkt uit de benaming – de nieuw voorgestelde artikelen 90ter tot en met 90decies met betrekking tot de telefoontap slechts een onderdeel zijn, blijkt dat het terdege de bedoeling geweest is rekening te houden met artikel 8 E.V.R.M. en de rechtspraak van het Europees Hof, inzonderheid de arresten Huvig en Kruslin. Een summier overzicht van de belangrijkste bepalingen uit het ontwerp leert dat zulks inderdaad is gebeurd. Met betrekking tot de misdrijven waarvoor de tapmaatregel kan worden bevolen, werd gekozen voor een opsomming van de incriminaties die hiervoor in aanmerking komen. Dit is opmerkelijk aangezien vooreerst het E.V.R.M. en het Europees Hof hiertoe niet verplichten en deze werkwijze bovendien in de praktijk voor problemen kan zorgen. De kwalificatie van een bepaald strafbaar feit staat immers niet van het begin af vast ⁹². Het voorgestelde artikel 90ter bepaalt dat alleen de onderzoeksrechter bevoegd is om deze maatregel te bevelen en dat dit pas kan indien de overige middelen van onderzoek niet volstaan om de waarheid aan de dag te brengen. Ook de categorie personen ten aanzien waarvan de maatregel bevolen kan worden – personen die op grond van precieze aanwijzingen ervan verdacht worden het strafbare feit te hebben gepleegd – zijn in hetzelfde ar-

⁸⁹ E.H.R.M., 24 april 1990, Huvig en Kruslin, *Publ. Cour*, serie A, vol. 176A en B, 24, nrs. 35-36, en 56, nrs. 34-35. Het gaat hier in wezen om, zoals het Hof zelf aangeeft, de bepaling van de omvang en de toepassingsvoorwaarden van de beoordelingsvrijheid die aan de autoriteiten in dezen wordt gegeven.

⁹⁰ Voor de voorgeschiedenis van deze wet en de vraag of deze wet beantwoordt aan de vereisten van artikel 8, lid 2, E.V.R.M.: DERUYCK, F., «De wet van 11 februari 1991 tot invoering van een artikel 88bis in het Wetboek van Strafvordering betreffende het opsporen van telefonische mededelingen», *R.W.*, 1991-92, 10-15; MILQUET, J., «Repérage téléphonique», *Jour. Procès*, 1990, nr. 187, 16; LAMBERT, P., «Les écoutes téléphoniques», *J.T.*, 1990, 749-750; TRAEST, Ph., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 316-325, nr. 603-619.

⁹¹ Ontwerp van wet ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het besluisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicaties en -telecommunicatie (*Gedr.St.*, Senaat, 1992-93, nr. 843/11). Voor een bespreking: MOONS, D., «Afluisterpraktijken tijdens het vooronderzoek en de bewijsproblematiek», bijdrage aan de studiedag «Mensenrechten en misdaadbestrijding», door het Inter-universitair Centrum voor Mensenrechten aan de VUB gehouden op 10 december 1993.

⁹² MOONS, D., *o.c.*, 15.

⁸⁶ E.H.R.M., 2 augustus 1984, Malone, *Publ. Cour*, serie A, vol. 82, 32, nr. 67. Ook uit dit arrest kan afgeleid worden dat het Hof zich een stuk strenger opstelt wanneer de bevoegdheid tot inbreuk op door het verdrag gewaarborgde rechten aan de organen van de uitvoerende macht wordt toebedeeld (E.H.R.M., 6 september 1978, Klass, *Publ. Cour*, serie A, vol. 28). De relevante passages uit het arrest Malone worden uitdrukkelijk herhaald in de arresten Huvig en Kruslin van 24 april 1990 (*Publ. Cour*, serie A, vol. 176A en 176B, respectievelijk nrs. 30-34 en 29-33).

⁸⁷ E.H.R.M., 6 september 1978, Klass, *Publ. Cour*, serie A, vol. 28, p. 23, nr. 49.

⁸⁸ BLONTROCK, P. en DE HERT, P., «Telefoontap: Tournet, Peureux, Derrien, Huvig, Kruslin et les autres», *R.W.*, 1991-92, 869-871.

tikel aangeduid. Het ontwerp legt de maximale duur van de uitwerking van de beschikking van de onderzoeksrechter vast op twee dagen, eenmaal verlengbaar met twee dagen door de onderzoeksrechter en daarna onbeperkt verlengbaar door de raadkamer met telkens ten hoogste acht dagen. Het mogelijke verwijt dat hierdoor geen maximale duur van de maatregel in de wet wordt ingeschreven, kan worden ondervangen indien het parlement op dit punt het ontwerp zou aanvullen ⁹³. Het ontwerp duidt de ambtenaren aan die met de tenuitvoerlegging van de beschikking van de onderzoeksrechter kunnen worden belast en bepaalt tevens dat de opnamen samen met de afschriften van de processen-verbaal onder verzegelde omslag ter griffie worden bewaard. Volgens het ontwerp worden de personen ten aanzien van wie de maatregel is genomen, uiterlijk op het tijdstip van de regeling van de rechtspleging in kennis gesteld van de toepassing van deze maatregel doch het ontwerp bepaalt niets omtrent een eventuele vernietiging of wissing van de bandopnamen na een vrijspraak of een buitenvervolginstelling. Op deze laatste lacune na kan besloten worden – zonder op de toekomstige en evolutieve rechtspraak van het Europees Hof vooruit te lopen – dat het ingediende ontwerp wellicht zal voldoen aan de door artikel 8, lid 2 E.V.R.M. gestelde eisen. Het verwijt dat de voorgestelde regeling in de praktijk moeilijk uitvoerbaar zal zijn – bv. als gevolg van de korte geldingsduur van de beschikking en de omslachtige procedure van verlenging – kan worden opgevangen zonder de verenigbaarheid van het ontwerp met het E.V.R.M. in gevaar te brengen.

23. Als gevolg van de door het Europees Hof onvoldoende precies geachte bepalingen die zeer algemeen de bevoegdheid van de onderzoeksrechter omschrijven ⁹⁴ is de wetgever tot wetgeving overgegaan. De vraag rijst of aan andere opsporingstechnieken die momenteel ter discussie staan, zoals bijvoorbeeld de infiltratie, het gebruik voor het bewijs van anonieme getuigen en de aanwending van de DNA-analyse, ook een formeel-wettelijke basis dient te worden gegeven.

Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid dient deze vraag ons inziens bevestigend te worden beantwoord. Wanneer deze onderzoekstechnieken zware discussies oproepen, is het raadzaam dat de wetgever optreedt. Een wettelijke regeling van deze problemen zal overigens ook veel onzekerheid bij de opsporingsdiensten en de met het onderzoek belaste personen wegnemen. Het probleem van de wettelijke regeling van de infiltratie en de anonieme getuigen ligt evenwel anders dan dat van de telefoontap. Waar de telefoontap een inbreuk uitmaakt op het privé-leven van de burgers, bevat het E.V.R.M. ook richtlijnen voor de nationale wetgever

die onder bepaalde omstandigheden voor strafvorderlijke doeleinden een inbreuk op dit fundamenteel recht wenst toe te laten. De infiltratie en het daarmee nauw verwante probleem van het gebruik van anonieme getuigen hebben evenwel te maken met artikel 6 E.V.R.M., waarin door het verdrag geen uitzondering wordt gemaakt op het recht op een eerlijk proces. Ook artikel 6, lid 3, d, dat het getuigenverhoor betreft, laat geen ruimte voor uitzonderingen. Daarbij komt dat het Europees Hof steeds het standpunt heeft aangehouden dat het eerlijk karakter van een bepaalde procedure beoordeeld moet worden door acht te slaan op het proces «in zijn geheel» ⁹⁵. Het logisch gevolg van deze opvatting is de vrij casuïstische benadering van de aangebrachte zaken door het Europees Hof, waarbij o.a. de waarde en het belang in aanmerking worden genomen die door de feitenrechter aan het betrokken bewijselement werden gehecht. Deze benadering en het ontbreken van «richtlijnen» maken het voor de nationale wetgever erg moeilijk een regeling uit te werken. Om dezelfde redenen zal een eventuele wettelijke regeling de Belgische overheid nooit volledig vrijwaren tegen een veroordeling door de rechters uit Straatsburg. Dit mag evenwel geen reden zijn om pogingen in deze zin te staken.

VII. BESLUITEN

24. Het is niet eenvoudig uit deze steekproef in ons stelsel van strafrecht en strafprocesrecht zeer verregaande besluiten te halen omtrent het gehalte aan rechtszekerheid en de naleving van het legaliteitsbeginsel.

Vaststaat dat het geen anachronisme is ook anno 1994 te pleiten voor de handhaving en de naleving van het legaliteitsbeginsel in het materieel en formeel strafrecht. Hierbij dient wel te worden vastgesteld dat dit beginsel niet meer kan worden opgevat als in het begin van de negentiende eeuw. De evolutie van onze samenleving naar een complex samengaan van mensen en instellingen noopt tot een andere interpretatie van het legaliteitsbeginsel waar de wetgever de algemene beginselen duidelijk dient te maken alsmede de doelstellingen waarbinnen andere overheden eventueel ook kunnen optreden.

Een correcte en zinvolle toepassing van het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid vereisen dat deze algemene beginselen van strafrecht duidelijk en van algemene gelding zijn. In deze optiek moet dan ook betreurd worden dat aan de Gemeenschappen en de Gewesten de bevoegdheid is verleend om af te wijken van de bepalingen van het eerste boek van het Strafwetboek. Afgezien van de praktische moeilijkheden die zulks kan teweegbrengen, draagt de veranderlijkheid van deze fundamenteel geachte bepalingen weinig bij tot het aanzien ervan bij de justitiabelen.

Het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid zijn ook van belang in de fase die aan de dagvaarding voor de rechter voorafgaat. De grondwetgever van 1831 heeft niet kunnen voorzien dat op het einde van de twintigste eeuw slechts een minderheid van strafbare feiten nog door de rechter beoordeeld zou worden. Nu de wetgever aan het parket de sleutel

⁹³ Op de vermelde studiedag van 10 december 1993 bleek dat binnen de senaatscommissie voor Justitie gedacht werd aan de invoering van een maximale termijn van zes maanden. Tevens zouden plannen bestaan om de beschikking van de onderzoeksrechter een geldingsduur van ten hoogste een maand te geven en de verlenging ervan door de onderzoeksrechter i.p.v. door de raadkamer te laten gebeuren.

⁹⁴ Tot de arresten Huvig en Kruslin werden deze bepalingen, die van dezelfde aard zijn als de artikelen 87 en 88 van het Belgische Wetboek van Strafvordering, door de Franse rechtspraak voldoende geacht om de onderzoeksrechter de bevoegdheid te verlenen een telefoontap te bevelen.

⁹⁵ E.H.R.M., 15 juni 1992, Lüdi, *Publ. Cour.*, serie A, vol. 238, 20, nr. 43; E.H.R.M., 22 april 1992, Vidal, *Publ. Cour.*, serie A, vol. 235B, 32-33, nr. 33; E.H.R.M. 27 september 1990, Windisch, *Publ. Cour.*, serie A, vol. 186, 10, nr. 25.

in handen heeft gegeven en nog steeds geeft om hetzij niet te vervolgen, hetzij een andere vorm van sociale reactie te doen ontstaan, lijkt het gerechtvaardigd de vervolgingsbeslissing zelf in het debat te betrekken. De reden van zijn vervolging kennen kan de rechtszekerheid ten aanzien van de justitiabelen doen toenemen. Teneinde het opportuniteitsbeginsel bij de vervolging niet uit te hollen dient de beoordeling door de rechter van de vervolgingsbeslissing beperkt te blijven tot een marginale toetsing aan de beginselen van een goede procesorde.

Het motiveringsvereiste vervult duidelijk een brugfunctie tussen wet en burger. Ondanks de beperkingen inherent aan de motivering van de schuldigverklaring en de innerlijke overtuiging van de rechter kan het belang van de motivering van het rechterlijk oordeel niet overschat worden. Het valt alleen te betreuren dat de wetgever bij de recente wijziging van artikel 195 Sv. zich met betrekking tot de invloed van de sociale toestand van de beklaagde op de straftoemeting beperkt heeft tot een intentieverklaring zonder juridische waarde.

Op het vlak van het formeel strafrecht is duidelijk geworden dat het E.V.R.M. en de rechtspraak van het Europees Hof een nieuw begrip van de legaliteit in het leven hebben

geroepen. Het gaat hier namelijk om een soort gedwongen legaliteit waarbij de nationale wetgever ertoe wordt gebracht op te treden om voor strafvorderlijke doeleinden inbreuk te kunnen maken op bepaalde fundamentele rechten⁹⁶. Het belang van deze legaliteit is vooral gelegen in de kwaliteitseisen die het Europees Hof aan het wetsbegrip koppelt. De eisen van toegankelijkheid en precisie zijn waarden die ook in het interne recht dikwijls genoemd worden als noodzakelijke bestanddelen van de rechtszekerheid. In een moderne visie op het aloude doch nog steeds zo waardevolle legaliteitsbeginsel kan dan ook gepleit worden dit begrip uit de Verlichting te verrijken met de inhoud van het wetsbegrip uit het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens.

Philip TRAEEST
Docent Universiteit Gent

⁹⁶ Dat dit soort afhankelijkheid bij sommigen hard aankomt, blijkt duidelijk uit de reactie van RASSAT op de arresten Huvig en Kruslin van het Europees Hof: «Faut-il légiférer pour plaire à Strasbourg ?» (RASSAT, M.L., *Procédure pénale*, Parijs, P.U.F., 1990, 293-296).

voren afgeschaft was door art. 33 van de wet van 7 december 1988: een operatie van een dode!¹⁹.

11. *De coördinatie*. — Door de coördinatie van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen is de kenbaarheid van de wetgeving heel wat verbeterd; maar de wijzigingen zijn er niet minder om geworden.

Zo zijn de bepalingen betreffende aftrek van verzekeringspremies e.d. afgeschaft en vervangen door een belastingvermindering (het zgn. lange-termijn-sparen); zij verhuisden van de artt. 81 e.v. naar art. 145. De coördinatie is dus op geen ogenblik van kracht geweest zoals zij werd ingevoerd: reeds vóór het aanslagjaar 1992 werd zij ingrijpend gewijzigd.

12. *Die hatelijke retroactiviteit*. — Wat daarbij bijzonder storend is voor de rechtspraak, is de herhaalde retroactieve invoering van nieuwe maatregelen.

Het meest spectaculaire voorbeeld hiervan gebeurde — gelukkig uiteindelijk niet — in 1991. Op een bepaald ogenblik werd ermee gedreigd de liquidaties van vennootschappen die eind 1989 gebeurd waren, door een wetgevend ingrijpen alsnog onder het nieuwe stelsel te belasten. Van een terugvordering van fictieve roerende voorheffing zou dit tot een belasting op meerwaarden hebben geleid en — toen was dat nog niet duidelijk — misschien tot inhouding van roerende voorheffing die, wegens de waardevermindering van de participatie, niet verrekenbaar zou zijn. Voor sommige ondernemingen zou dit het faillissement hebben betekend²⁰. Uiteindelijk bleef het bij een dreiging, maar dat op zich heeft het rechtsgevoel in het algemeen, en het bedrijfsleven in het bijzonder, geen goed gedaan.

13. In het vervolg heeft men zich meestal gehouden aan de «annoncering» van nieuwe maatregelen in het Staatsblad, zodat de belastingplichtige — die het Staatsblad leest — ten minste verwittigd is van wat eventueel op komst is²¹. Daarbij heeft hij geen zekerheid dat de maatregel effectief zal worden doorgevoerd.

Men kan begrip opbrengen voor de bekommernis van de fiscus om in de periode van parlementaire voorbereiding niet het hele effect van de voorgestelde maatregel verloren te zien gaan, door de publiciteit die er ondertussen aan gegeven wordt. Vandaar dat ook Suetens ze goedkeurt²²: «Om die redenen verdient de recente praktijk die erin bestaat dat in het Belgisch Staatsblad een bericht wordt gepubliceerd waarbij de regering een nakende wijziging van een belastingwet aankondigt, volledige goedkeuring.»

De minister van Financiën vindt hierin geen enkele uiting van minachting voor het Parlement, dat als enige vanzelfsprekend bevoegd blijft om de wetten goed te keuren, «en eventueel te amenderen»²³. Wat er in praktijk nog terechtkomt van het (grondwettelijk) amenderingsrecht van een reeds gepubliceerde maatregel, laat zich raden.

14. *EEG-reglementering*. — Bovendien is, zelfs zonder retroactiviteit, de onmiddellijke invoering van ingrijpende maatregelen, zonder voldoende voorbereiding, soms een bron van erge storing in het bedrijfsleven: getuige de nieuwe BTW-reglementering die begin 1993 op de bedrijven werd losgelaten.

De Belgische wetgever kon hier allicht met recht onschuldig pleiten, aangezien de laatste EEG-richtlijn pas enkele dagen vóór het jaareinde 1992 definitief tot stand is gekomen. De teksten zijn dan uiteindelijk gepubliceerd in verschillende edities van het Staatsblad van 31 december 1992, waarvan de tweede en volgende pas *begin januari 1993* van de pers zijn gerold en verspreid: van retroactiviteit naar valsheid in geschrifte!

Wie de schulldige hiervan is — en of er wel een is — is voor de belastingplichtige zonder belang: hij dient zijn computerprogramma's aan te passen met terugwerkende kracht, met alle gevolgen vandie.

15. *Milieubelastingen*. — De regionale wetgevers doen het niet beter dan de federale wetgever, waar het op klaarheid aankomt. De klachten over de kwaliteit van de milieuwetgeving zijn minstens zo erg als die over de inkomstenbelasting en de BTW: het is een hele kunst om de toepasselijke wetgeving zelf terug te vinden, laat staan de precieze interpretatie ervan.

16. *Samenvattend*. — Voorlopig samenvattend — want over het nieuwe art. 344 W.I.B. hebben we het nog niet gehad — kunnen we stellen dat de wetgever geëvolueerd is van een bekrachtiger en behoedzame vernieuwer van de fiscale rechtspraak, tot een voortdurende corrector, zowel van deze rechtspraak als van zijn eigen werk.

De reactie van de rechtspraak is de meer letterlijke interpretatie van de wet geweest, allicht in een sfeer van gelatenheid: als de wetgever het hier niet mee eens is, zal hij dit over enkele weken of maanden wel laten blijken.

Ook de EG-wetgeving was oorzaak van belangrijke rechtsonzekerheid, vooral door de laattijdige bekendmaking van ingrijpende maatregelen, die het bedrijfsleven omvangrijke inspanningen gevraagd hebben, die anders niet nodig zouden zijn geweest.

De regionale wetgever doet het zeker niet beter dan de federale.

Van de wetgever hebben wij dus niet veel rechtszekerheid te verwachten.

II. DE RECHTSPRAAK

17. *Cassatie*. — Er is een tijd geweest dat de rechtspraak op korte termijn zekerheid gaf over de interpretatie van nieuwe maatregelen; die tijd is helaas voorbij.

Een zeer kleine steekproef — die dan ook volmaakt onbetrouwbaar is als statistisch gegeven, en alleen maar als aanwijzing bedoeld is — geeft de volgende resultaten: in de twee fiscale cassatiearresten die in de Pasicrisie van 1814 gepubliceerd zijn, lag er gemiddeld 1,7 jaar tussen feiten en uitspraak. In de drie cassatiearresten in de Pasicrisie van 1900 is dat bijna 6 jaar geworden. In de vijf eerste arresten van F.J.F. van 1992 is dat 9,4 jaar geworden.

De correlatiecoëfficiënt met de tijdlijn is, ongetwijfeld toevallig, 0,9933; dus verbazend hoog. Als de ontwikkeling zo verder gaat, zou het in 2050 duren tot meer dan 12 jaar na de feiten, vooraleer er een cassatieuitspraak is.

¹⁹ Zie «Fiskaliana», *ibidem*.

²⁰ Zie onze «Fiskaliana» in *De Standaard* van 25 februari 1991.

²¹ Zie bv. *Staatsblad* van 3 april 1992 en de *Parl. Vr.*, De Clippele, 11 mei 1992 nr. 78; «Fiskaliana» in *De Standaard* van 23 november 1992.

²² SUETENS, L.P., «De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnances», *T.F.R.*, 1993, (218), 222.

²³ Zie PV De Clippele, gecit. nt. 21.

18. Nogmaals: wij willen geen statistische waarde geven aan deze enkele gegevens, maar het wordt door weinigen betwijfeld dat de fiscale procedure lang, zeer lang, té lang duurt. Terwijl dat vroeger vooral aan de achterstand bij de hoven van beroep te wijten was, ligt nu de oorzaak vooral bij de lange duur van de bezwaarprocedure.

Ondertussen wordt de belastingplichtige geconfronteerd met de ontvanger, die immers een uitvoerbare titel heeft, het kohier, en die de deurwaarder op hem afstuurt, eventueel bewarend beslag legt, een teveel aan voorafbetalingen of andere teruggaven van belastingen blokkeert, enz.

In bepaalde gevallen heeft dit tot het faillissement van het bedrijf geleid, waarbij de staat vervolgens aansprakelijk gesteld werd voor belangrijke schade ²⁴.

19. In gevallen waarin mindere schade wordt geleden, is deze dikwijls moeilijk aantoonbaar, en blijft ze meestal dan ook onvergoed. Denken we aan het commerciële verlies dat men lijdt doordat potentiële kopers de schuld in de balans zien, de banken moeilijker krediet geven, de belastingplichtige zelf bepaalde investeringen uitstelt wegens het feit dat hij voldoende liquiditeiten moet vrijhouden, enz.

Met de nieuwe procedure komt hopelijk minstens verbetering in de uitvoerende en bewarende maatregelen vooral eer het zeker is dat er wel een fiscale schuld bestaat.

20. *Het vertrouwensbeginsel*. – Al in 1963 besliste het Hof van Cassatie dat de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn bij elke administratieve daad ²⁵.

In 1992 werd deze stelling toegepast in fiscalibus, waarbij het vertrouwensbeginsel uitdrukkelijk aanvaard werd: de jarenlange aanvaarding van facturen zonder vermelding van de cilinderinhoud brengt met zich mee dat de fiscus niet plotseling op zijn houding kan terugkomen ²⁶. Of nog: na jarenlange aanvaarding van bankbordersellen als bewijs van betaling van alimentatie mag de fiscus dit niet a posteriori meer afwijzen ²⁷.

Deze rechtspraak komt ongetwijfeld de rechtszekerheid ten goede: wanneer bij de belastingplichtige een gerechtvaardigd vertrouwen is opgewekt, mag dit niet beschaamd worden.

21. *Rechten van de mens niet voor de belastingplichtige*. – Anderzijds besliste het Hof van Cassatie herhaaldelijk dat het Verdrag over de rechten van de mens niet toepasselijk is in fiscale zaken ²⁸, dit in tegenstelling tot de Nederlandse rechtspraak, waar in elke aflevering van elk fiscaal tijdschrift wel een of andere toepassing van dit verdrag te vinden is.

In tegenstelling ook tot het Hof voor de Rechten van de Mens van Straatsburg zelf, dat al in 1984 besliste dat een administratieve boete (het ging om een verkeersboete) wél

een strafsanctie is, en dat de «dader» bijgevolg de bescherming van het verdrag geniet ²⁹.

Het Hof van Cassatie aanvaardt nu echter blijkbaar wel dat het verdrag van toepassing is indien de procedure *kan* leiden tot strafvervolgning ³⁰, wat toch een belangrijke stap voorwaarts is.

Ten slotte aanvaardde het Hof van Cassatie ook expliciet dat het recht van verdediging toepasselijk is in fiscalibus ³¹.

22. *Het Arbitragehof als bewaker van de rechtsstaat*. – Nog verder ging het Arbitragehof dat de retroactiviteit in beginsel als onaanvaardbaar beschouwt, tenzij indien deze gewettigd is door haar doel. Het volgt hiermee volgens Suetens, zelf rechter in het Arbitragehof ³², die besluit: «Echte terugwerking van de wet in beginsel uit den boze; zij is slechts aanvaardbaar in zoverre zij door uitzonderlijke omstandigheden is gerechtvaardigd. Het is niet de bepaling van art. 2, B.W., die de wetgever kan beletten aan een wet terugwerkende kracht te verlenen. Het is wel het beginsel van de rechtszekerheid, dat een grondwettelijke waarde heeft.»

23. *Samenvattend* wat de rechtspraak betreft kunnen wij stellen dat de lange duur van de procedures een oorzaak van onzekerheid voor de individuele belastingplichtige is, die met een ongerechtvaardigde aanslag geconfronteerd wordt.

Inhoudelijk trachten de hoven de belastingplichtige wel meer zekerheid te verlenen tegenover het optreden van de fiscus: het vertrouwensbeginsel wordt aanvaard, alsmede het recht van verdediging, en de retroactiviteit wordt – zeer recent – «in beginsel» als ongrondwettig beschouwd.

Daarentegen worden de rechten van de mens in principe niet toegepast in fiscale procedures, zelfs indien deze op administratieve boeten betrekking hebben, en dit in uitdrukkelijke tegenspraak met het Hof van Straatsburg zelf. Een lichte kentering is merkbaar wanneer de procedure «kan leiden» tot strafvervolgning.

III. DE ADMINISTRATIEVE PRAKTIJK

24. Een belangrijke ontwikkeling i.v.m. de invloed van de administratieve praktijk zagen we hiervoor al bij de erkenning van het vertrouwensbeginsel (cf. supra nr. 19).

De belastingplichtige kan zich hierdoor – wellicht – beroepen op circulaires contra legem, terwijl hij vroeger machteloos stond tegen een gewestelijke directeur die ze naast zich neerlegde of verkeerd interpreteerde. Het traditioneel standpunt was immers duidelijk: circulaires binden de rechter niet ³³. De ervaringen met de circulaire betreffende de

²⁴ Zie Rb. Brugge, 7 april 1986, *F.J.F.*, 86/210 (de zaak Van Coillie).

²⁵ Cass., 7 maart 1963 in Verenigde Kamers, *Pas.*, 1963, I, 44, met concl. GANSHOF VAN DER MEERSCH (gecit. Rb. Luik, *Rec.gén. enr.*, not., nr. 23469, 240).

²⁶ Cass., 27 maart 1992, *R.W.*, 1991-92, 1466, *F.Koer.*, 92, 374, *Not.fisc.Maandbl.*, 1993, 70.

²⁷ Cass., 13 februari 1992, *R.W.*, 1991-92, 1402.

²⁸ Er zijn minstens tien arresten die dat bevestigen; zie recent bv. Cass., 20 april 1990, *Rec.gén.enr.not.*, 1991, 24018, noot; Cass., 27 september 1991, *F.J.F.*, 92/40, *R.W.*, 1991-92, 708 (inz. BTW-boeten).

²⁹ E.H.R.M., 21 februari 1984, *T.R.F.*, 1984, 89. Zie recenter bv. het arrest van 23 oktober 1990, *F.J.F.*, 92/43, over de Zweedse kerkbelasting die een ongerechtvaardigd onderscheid maakte tussen rijksinwoners en niet-rijksinwoners, of het arrest van 25 februari 1993, *J.D.F.*, 1993, 17, inzake het verbod tot zelfbeschuldiging i.v.m. Franse douanedocumenten.

³⁰ Cass., 23 januari 1992, *F.J.F.*, 92/131.

³¹ Cass., 30 mei 1991, *R.W.*, 1991-92, 338.

³² Cf. supra nr. 22; zie «Retroactiviteit in beginsel ongrondwettig», fiscale kroniek in *De Standaard* van 4 november 1993.

³³ Cass., 22 november 1949, *Rev.Jur.*, 190, 94, *A.F.T.*, 1949-50, 258, *Handboek Tiberghien*, nr. 0040.

buitenlandse kaderleden liggen de buitenlandse bedrijven nog vers in het geheugen ³⁴.

Zo heeft de vrijstelling voor buitenlandse werkzaamheden (de zgn. «travel exclusion») eigenlijk geen wettelijke basis meer; ze wordt verder toegepast op basis van de circulaire ³⁵. Dank zij het cassatiearrest over het vertrouwensbeginsel hebben de buitenlandse bedrijven toch éne zekerheid m.b.t. dit stelsel.

25. Anderzijds is er in de regels niets veranderd wanneer de circulaire afwijkt van de wet in het *nadeel* van de belastingplichtige. Het spreekt vanzelf dat de administratie zich, op grond van het vertrouwensbeginsel, niet op haar eigen (per hypothese onwettige) circulaire zou kunnen beroepen.

In de praktijk zal de belastingplichtige zich meestal aanpassen aan het administratief standpunt in twee gevallen: als het voordeel van een betwisting te gering is, of als het nadeel van een verlies te groot is.

26. De «plattelandsfiscaliteit» richt zich in de eerste plaats naar wat de administratieve circulaire zeggen — of wat er bij de plaatselijke controle van doorgedrongen is. Want ook daar ligt tussen theorie en praktijk soms nog enige afstand. Wanneer het om kleine bedragen gaat, zal men een betwisting tot voor de hoven immers niet willen doorzetten.

27. Ook wanneer het risico van een verloren procedure te groot is, zal men zich naar het administratief standpunt richten: de belastingplichtige is het immers uiteindelijk om het resultaat in zijn individueel geval te doen, niet om de algemene principes.

Wij denken hierbij aan de administratieve voorschriften i.v.m. coördinatiecentra. Een overtreding ervan zou, in het ergste geval, kunnen leiden tot intrekking van de vergunning; geleet op de omvang van de voordelen die daardoor verloren zouden gaan, wensen de meeste coördinatiecentra dit risico niet te lopen. Er is ons dan ook geen enkele gerechtelijke uitspraak over deze materie bekend, noch positief, noch negatief.

28. *De Com.I.B.* — Er is een tijd geweest dat de administratie aan de voorbereiding van de wetten meewerkte, en kort na het verschijnen ervan een vrij degelijke commentaar gaf.

Aangezien de fiscale ambtenaren nu dikwijls maar in het beginstadium van de wetgeving worden betrokken, en door de toevloed van wetswijzigingen is dit gebruik sterk afgenomen. De laatste circulaire over de wet van 7 december 1988 zijn dan ook verschenen in...1993!

Als element van rechtszekerheid is dit niet echt geruststellend meer: ook in de periode tussen 1988 en 1993 moesten namelijk in het ondernemingsleven beslissingen genomen worden...

29. *Samenvattend* kan gesteld worden dat de waarde van een administratieve circulaire voor de belastingplichtige die er zich op wil beroepen gestegen is, door het vertrouwensbeginsel. Anderzijds is, door de veelvuldige wetswijzigingen, het verschijnings tempo van de administratieve commenta-

ren volstrekt ontoereikend om gelijke tred te houden met de wetgeving.

IV. HET NIEUWE ARTIKEL 344, § 1, VAN HET WETBOEK VAN DE INKOMSTENBELASTINGEN: ECONOMISCHE WERKELIJKHEID?

30. *Geen economische werkelijkheid.* — Hierboven hebben we gezien dat het Hof van Cassatie de theorie van de zgn. «economische werkelijkheid» afgewezen heeft, op een manier die aan duidelijkheid weinig te wensen overliet (supra nr. 6).

Tijdens de parlementaire bespreking van wat het nieuwe art. 344, § 1, W.I.B. geworden is, werd regelmatig gezegd en geschreven dat de wetgever deze theorie zou invoeren. Het is gelukkig zo ver niet gekomen.

31. In verband hiermee vraagt Defoort ³⁶ zich af hoe men dichter bij de werkelijkheid kan aansluiten door werkelijk bestaande rechtshandelingen opzettelijk te negeren.

Volgens de Liberale School ontstaat het recht uit de vrije wil van de individuen; volgens de Realisten vloeit het voort vanzelf uit een onbevangen observatie van de sociale of economische werkelijkheid.

Beide hebben ongelijk: het recht vooronderstelt zichzelf: vrije individuen veronderstellen dat er al eigendom is, en dat is een juridisch begrip. En een «aard van de zaak», los van de juridische werkelijkheid, is in feite niet meer dan een weigering tot discussie: hij die de macht heeft om te beslissen stelt soeverein vast «het is nu eenmaal zo», en maakt daarbij op een autoritaire wijze aan het debat een einde (p. 151).

Daarmee geeft Defoort aan dat een «economische werkelijkheid» op zich, los van het juridische, niet bestaat. Het is een waandenkbeeld dat de macht toetrekt naar degene die moet of mag beslissen over conflicten.

32. *Rechtmatige behoeften van financiële of economische aard.* — Zo ver is het dus, zoals gezegd, inderdaad niet gekomen. Wat wel sinds een tijd bestaat, en meer en meer ingevoerd wordt, zijn de vrijstellingen die maar gegeven worden indien «economische of financiële motieven» aan de rechtshandeling ten grondslag liggen.

Men vindt de opsomming ervan in art. 345, § 1, W.I.B., het artikel over de rulings, want het is precies over die niet-fiscale motivering dat een rulling gevraagd kan worden. Het betreft met name:

- de verliescompensatie of vrijstelling van belasting bij fusie (art. 209 W.I.B. ³⁷);
- de definitie van abnormale en goedgunstige voordelen in art. 26 W.I.B.;
- de definitie van werkelijke en oprechte verrichtingen in art. 54 W.I.B.;
- de aftrek van dividenden als definitief belaste inkomsten in art. 203 W.I.B.;

33. *Rechtsonzekerheid.* — In deze materies is duidelijk meer rechtsonzekerheid dan vroeger. De precieze inhoud van «economische en financiële motieven», is vrij duister.

³⁴ Cass., 19 november 1981, *F.J.F.*, 1982, 22, *J.D.F.*, 1982, 88. Zie hierover o.m. JOSEPH, G., «Het nieuwe belastingstelsel voor buitenlandse kaderleden in België of The Circular Revisited», *A.F.T.*, 1983, 177.

³⁵ Zie *Handboek Tiberghien*, 1993, 306.

³⁶ DEFOORT, J., «De economische werkelijkheid, een loze kreet?», *Liber amicorum Maeckelbergh. Fiscaliteit op de vooravond van de XXIste eeuw*, 139 e.v.

³⁷ Zoals alweer gewijzigd door art. 7 van de wet van 6 augustus 1993, *B.S.*, 31 augustus 1993.

Dehaeghe, die dit begrip heeft onderzocht³⁸, komt tot het besluit:

«Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, lijkt het dan ook aangewezen dat de wetgever de preciese draagwijdte van de motiefvereiste in de hier besproken anti-ontgaansbepalingen in de tekst van de wet zelf nader zou toelichten.»

In het kader van de nieuwe rullingprocedure zijn tot op heden nog nauwelijks «voorafgaande akkoorden» met de belastingplichtige gesloten: de meeste aanvragen worden ontevankelijk verklaard of afgewezen.

34. *Niet tegenwerpbare rechtshandelingen.* — Daarnaast is een nieuwe algemene anti-misbruik-maatregel ingevoerd. Artikel 344, § 1, W.I.B. schrijft voor dat aan de Administratie der Directe Belastingen³⁹ niet kan worden tegengeworpen, de *juridische kwalificatie door partijen gegeven aan een akte*⁴⁰ alsook aan afzonderlijke akten die een zelfde verrichting tot stand brengen⁴¹, wanneer de administratie door vermoedens of andere in artikel 340 vermelde bewijsmiddelen⁴² vaststelt dat die kwalificatie tot doel heeft de belasting te ontwijken, tenzij de belastingplichtige bewijst dat die kwalificatie aan rechtmatige financiële of economische behoeften beantwoordt.

Over de vraag «of de juridische kwalificatie aan rechtmatige financiële of economische behoeften beantwoordt», kan een ruling of «voorafgaand akkoord» worden gevraagd (art. 345, § 1, 5°, W.I.B., als gewijzigd door art. 16 van de wet van 22 juli 1993, B.S., 26 juli 1993).

35. *Belasting volgens de juridische werkelijkheid.* — Wij hebben in een eerste reactie⁴³ betoogd dat deze tekst niet veel wijzigt aan de bestaande situatie. Ook vroeger mocht de fiscus immers de kwalificatie die de belastingplichtige aan zijn rechtshandeling gaf, ter discussie stellen, en wanneer de werkelijk tot stand gebrachte gevolgen (de «eigenlijke overeenkomst») met deze kwalificatie niet overeenstemden, kon hij de belastingheffing op deze «juridische werkelijkheid» afstemmen.

Het typisch voorbeeld is het geval waarin iemand een onroerend goed wil verkopen (12.5% registratierecht), maar het in plaats daarvan inbrengt in een vennootschap (0.5% registratierecht, tot nog toe) en vervolgens onmiddellijk de aandelen verkoopt (zonder belasting). Indien blijkt dat het nooit de bedoeling van de zogenaamde «inbrenger» is geweest om aandeelhouder van de vennootschap te worden, maar integendeel om zo vlug mogelijk de aandelen af te staan aan de koper, dan kan de fiscus de transacties ontleiden (herkwalificeren) als een verkoop van een onroerend goed, gevolgd door een inbreng in vennootschap die door

de koper is verricht. Met de heffing van 12.5% plus 0.5% registratierecht tot gevolg. Men vindt hierover al uitspraken in de 19e eeuw⁴⁴, en dus ook buiten de directe belastingen.

Daarvoor was art. 344, § 1, dus niet nodig: de geldende simulatieleer volstond⁴⁵.

36. *Anti-rechtsmisbruik-regel?* — Toch schrijft prof. S. Van Crombrugge⁴⁶ dat het nieuwe artikel een soort analogische interpretatie mogelijk maakt: de fiscus kan voortaan de belasting heffen op toestanden die niet in de wet zijn ingeschreven, maar die er zeer dichtbij komen, indien het de bedoeling was de normale toepassing van de fiscale wet te omzeilen en «haar doel en strekking frustreeren».

Na het artikel aldus op een vrij ruime (Nederlandse) manier te hebben geïnterpreteerd, zegt hij verder dat het nooit had mogen worden ingevoerd, omdat het ongrondwettig is: geen belasting zonder wettekst, dus geen analogische interpretatie, dus geen belastingheffing op grond van *fraus legis*.

37. Onze commentaar hierop is eenvoudig: als er twee mogelijke interpretaties zijn, waarvan de ene de grondwet eerbiedigt en de andere niet, dan moet men die interpretatie kiezen die de grondwet eerbiedigt. Het Arbitragehof heeft immers beslist dat «overeenkomstig een algemene interpretatieregel ervan moet worden uitgegaan dat de wetgever niet de bedoeling heeft gehad de grondwet te schenden»⁴⁷.

37. *Brepols-Plumax.* — Wij gaan er dus van uit dat het de bedoeling van de wetgever is aansluiting te zoeken bij de recentere tendens in de rechtspraak, die, met eerbiediging nochtans van de fundamentele regels van de vrijheid van handelen, en met eerbiediging van de vrije keuze van de minst belaste weg, toch toestaat samengestelde handelingen, die de belastingplichtige als één geheel ziet, ook als één geheel te belasten. Het lijkt ons dus een bekrachtiging van de fiscale rechtspraak die men de «Brepols-Plumax doctrine» zou kunnen noemen⁴⁸.

Voor het eerst zou de wetgever dus — in strijd met de recente traditie — weer *aansluiting* gezocht hebben bij de casatierechtspraak, in plaats van deze voortdurend te bestrijden.

Indien dat het geval is, gaan we, naar onze mening, opnieuw de goede weg op.

39. *Parlementaire voorbereiding.* — Wij worden in onze overtuiging overigens gesterkt door de voorbereidende teksten van art. 344, § 1, zelf⁴⁹. In de voorbereidende teksten vinden we zowaar een nota van een tiental gedrukte bladzijden, die door de minister aan de leden van kamercommis-

³⁸ DEHAEGHE, I., «Toetsing aan rechtmatige financiële of economische behoeften», *Liber amicorum Maeckelberg*, (43), 57.

³⁹ Het artikel geldt dus (op dit ogenblik) niet inzake BTW, registratierechten en successierechten, douane en accijnzen, zegelrechten enz.

⁴⁰ Het is dus *niet* de akte zelf die niet tegenwerpbaar is, zoals bij art. 344, § 2, W.I.B. (inbreng enz. in buitenlandse holdings).

⁴¹ Hiermee wordt de zgn. «step transaction doctrine» ingevoerd, voor zover zij nog niet van toepassing geweest zou zijn.

⁴² Het woord «vermoedens» is dus in de juridische betekenis genomen van «gevolgtrekkingen die de wet of de rechter afleidt uit een bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit», dus «des présomptions», niet «des suppositions».

⁴³ *De Standaard*, 17 mei 1993.

⁴⁴ Rb. Hoei, 8 juni 1876, *Rec.gén.enr.not.*, nr. 8596; andere rechtspraak in TIBERGHIEN, A., *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, 1986, 395, nr. 574.

⁴⁵ De zgn. Brepolsdoctrine is burgerrechtelijk geïnspireerd; cf. DE PAGE, Tome III, *Les obligations* (Seconde partie), tit. III, chap. III, nr. 257: *L'action en déclaration de simulation*.

⁴⁶ VAN CROMBRUGGE, *T.R.V.*, 1993, 271.

⁴⁷ Arrest van 4 juli 1991, *B.S.*, 22 augustus 1991.

⁴⁸ Cass., 4 januari 1991, Plumax, *R.W.*, 1990-91, 1244, *T.R.V.*, 1991, 167, *F.J.F.*, 91/53, *J.T.*, 1991, 455; zie onze commentaar in *De Standaard* van 14 maart 1991. Een voorloper van deze rechtspraak vindt men al in het arrest Mercator van het Hof van Beroep te Antwerpen, 15 januari 1985, *F.J.F.*, 85/126.

⁴⁹ Het navolgende is gebaseerd op onze fiscale kroniek «Interpretatie van fiscale wetten», *De Standaard*, 26 augustus 1993.

sie werd overhandigd, en die zijn standpunt erover weer geeft.

40. Volgens de minister is de wetgever zélf de enige die belasting kan heffen. Hijzelf moet de belastbare materie, de belastbare grondslag en het tarief vastleggen, en de belastingschuldige aanwijzen; dit volgt uit het principe van de wettelijkheid van de belasting, opgelegd door art. 110 van de Grondwet.

Hetzelfde geldt voor de vrijstellingen en verlagingen van belasting: ook die kunnen alleen door de wetgever worden toegestaan, en door niemand anders.

41. Daaruit volgt dat de belastingwet *strikt geïnterpreteerd* moet worden, en niet uitgebreid kan worden naar toestanden die weliswaar soortgelijk zijn vanuit economisch oogpunt, maar waarvoor de wet geen belasting heeft bepaald. *Interpretatie «naar analogie», zoals men dat noemt, is dus uit den boze.*

42. Anderzijds kan van een duidelijke tekst, die tot een onbillijk resultaat leidt, ook niet worden afgeweken. Een «hardheidsclausule», zoals in Nederland, zou bij ons ongrondwettig zijn.

43. De belastingplichtige heeft wel het recht de minst belaste weg te kiezen; belastingontduiking is echter verboden. Dit laatste komt neer op een *verdraaiing van de waarheid* met als doel de belasting te verminderen.

Een dergelijke verdraaiing kan bestaan in veinzing: waarbij de eigenlijke overeenkomst (het «negotium») in een andere, minder belaste vorm (het «instrumentum»), wordt gepresenteerd.

44. In werkelijkheid gaan de belastingplichtigen echter dikwijls eerst akkoord met het te bereiken doel, waarna zij, na deskundig advies, de weg daartoe kiezen.

Op deze keuze kan in principe geen kritiek worden uitgeoefend, als de partijen er alle gevolgen van aanvaarden. Deze regel is herhaaldelijk, en met stijgende duidelijkheid, door ons Hof van Cassatie bevestigd.

45. Het nieuwe art. 344, § 1, voert een soort «fiscaal verbod van rechtsmisbruik» in, maar dan begrepen als volgt: *de kwalificatie* die de partijen aan hun rechtshandeling geven – hoewel werkelijk gewild – zal door de fiscus terzijde geschoven kunnen worden, als die enkel gebeurde om belasting te omzeilen⁵⁰.

Daartoe is vereist:

- een juridische akte of opeenvolgende juridische akten;
- die geherkwalificeerd kunnen worden, rekening houdend met de feiten;
- als de inkleding van de partijen gebeurd is om belasting te vermijden.

Het tegenbewijs kan geleverd worden door een economisch of financieel motief aan te tonen, zelfs als daarnaast een fiscale doelstelling blijkt. De administratie moet het fiscale motief aantonen, de belastingplichtige het economische of fiscale.

46. Zoals in de Engelse «step transaction»-doctrine⁵¹ mag de administratie de belasting hebben met inachtneming van het geheel van de transacties, niet terzijdestelling van de juridische kwalificatie gegeven aan elk van de aparte juridische akten, zelfs als deze gespreid zijn over vele jaren: voldoende is de eenheid van bedoeling tussen de akten aan te tonen.

Wij hebben voor de invoering van deze theorie al gepleit in 1987⁵²; het komt ons voor dat deze invoering nu een feit is geworden.

47. *De FBB-operaties.* – Eind 1989 hebben heel wat vennootschappen zgn. «FBB-operaties» opgezet, die behoorlijk de wrevel van de minister van Financiën hebben opgewekt.

In essentie kwam het erop neer dat de vennootschap Italiaanse of Koreaanse obligaties kocht vóór de vervaldag, en deze kort daarna weer verkocht. Op de interest werd in het buitenland geen voorheffing ingehouden, maar niettemin kreeg men, op grond van het dubbelbelastingverdrag met het land in kwestie, of – toen nog – op grond van de interne wetgeving, een verrekening van een «forfaitair gedeelte van de buitenlandse belasting», een forfaitaire verrekening van een – in casu niet bestaande – buitenlandse bronheffing. Er werd zo voor miljarden aan vennootschapsbelasting «geneutraliseerd».

Kort vóór de vervaldatum (eind 1992 dus) heeft de BBI op grond van computerlistings de meeste van die vennootschappen een aanslag gestuurd, nl. die welke meer dan 5.000.000 fr. FBB verrekend hadden.

Zou op basis van het nieuwe art. 344, § 1, W.I.B. hiertegen in het vervolg kunnen worden opgetreden?

Wij menen van wel, althans onder zekere voorwaarden. Indien B de obligaties heeft gekocht van A, en doorverkocht aan C, dan is er een reële verrichting geweest, waarbij B een reël risico droeg. Indien B echter terugverkocht heeft aan A, en indien dit al vaststond van vóór de verrichting, dan is de verrichting o.i. herkwalificeerbaar in een naamgeving: B heeft alleen de interest geïnd voor rekening van A.

Indien er wel degelijk is doorverkocht aan een derde partij (C), maar de doorverkoop georkestreerd werd, en de obligaties uiteindelijk (eventueel via D en E) opnieuw bij A terecht komen, *en indien dat van te voren vaststond*, dan is er o.i. nooit een verkoop van obligaties geweest, hoogstens een uitlening ervan.

Dit soort transacties zou echter ook zonder het nieuwe artikel aangepakt worden kunnen zijn; de fiscus voelde zich trouwens blijkbaar voldoende zeker om het ook effectief te doen.

48. Wat is er dan veranderd? Allereerst is de Brepols-Plumax cassatierechtspraak door de wetgever bekrachtigd, wat haar een steviger basis geeft. Vooral door wat er rond de nieuwe maatregel gepubliceerd is, is nu in de hele fiscale wereld duidelijk bekend dat de fiscus zich niet aan de schijn hoeft te houden, en dat «fiscale constructies» niet beoordeeld hoeven te worden naar de titel die de belastingplichtige

⁵⁰ Dit begrip van «rechtsmisbruik» staat dus wel ver af van de Nederlandse «fraus legis»-doctrine, die eigenlijk een soort interpretatie per analogie toelaat.

⁵¹ Zie hierover o.m. WARD e.a., «The Business purpose test and abuse of rights», *British Tax Review*, 1985/2, 68 e.v.; MILLETT, P., «Artificial tax avoidance: the English and American approach», *British Tax Review*, 1986, 327; FROMMEL, «United Kingdom tax law and abuse of rights», *Intertax*, 1991/2, 54-81.

⁵² Zie onze commentaar bij het arrest van Hof Brussel, 26 mei 1987, *Fisk. Koer.* 87/269.

tige eraan geeft, maar naar wat erachter zit. Naar de *juridische* werkelijkheid dus.

49. Bovendien is er wel degelijk iets aan de interpretatie veranderd. Indien de beoogde juridische gevolgen nl. volstrekt dezelfde zijn, kon men vroeger stellen dat de belastingplichtige zélf de kwalificatie van zijn handelingen kon kiezen, en dat de fiscus erdoor gebonden was. Denk bijvoorbeeld aan de inkoop van eigen aandelen door een eenmans-BVBA, waarbij de enige vennoot voor en na de transactie alle maatschappelijke rechten uitoefende. Vroeger zou een herkwalificatie in dividend niet mogelijk geweest zijn; nu *misschien* wel.

V. BESLUIT

50. *Onzekerheid I en het «fiscaal laboratorium»*. – De eerste onzekerheid, over de inhoud van de fiscale wetgeving zelf, kan alleen verholpen worden door duidelijke – en stabielere – fiscale wetgeving.

51. Tiberghien heeft hiervoor in voordrachten al herhaaldelijk voorgesteld een «fiscaal laboratorium» op te richten: de nieuwe springstof wordt onmiddellijk ter plekke toegepast, met als gevolg dat er nu eens alleen een licht gesis ontstaat en dan weer de hele berg de lucht ingaat. Door een fiscaal laboratorium zou vooraf grondig nagegaan moeten worden wat de gevolgen zullen zijn, *ook in enkele (anoniem gemaakte) dossiers*. Zijn voorstel is, kort samengevat, het volgende.

Er wordt een fiscale afdeling van de Raad van State opgericht, die over elk fiscaal wetsontwerp binnen drie maanden (niet dagen!) advies uitbrengt. Specialisten onderzoeken de vorm van de tekst: taal, terminologie, definities, inpassing in de systematiek van de wetgeving. Daarnaast worden ambtenaren en verdedigers van belastingplichtigen gekozen, telkens per ontwerp of voor gedeelten ervan, die de teksten toepassen op werkelijk bestaande maar, zoals gezegd, anoniem voorgestelde, dossiers. Beiden, zowel ambtenaren als fiscaal adviseurs, proberen de tekst in hun voordeel toe te passen. Op grond daarvan wordt het advies gegeven.

Het voorstel zou minstens tot gevolg hebben dat er meer duidelijkheid is over de gevolgen van geplande wetswijzigingen.

52. *Onzekerheid II*. – De invoering van het vereiste van economische of financiële motivering voor bepaalde rechtshandelingen is een vrij erge – maar gewilde – inbreuk op de rechtszekerheid.

Het komt ons voor dat er weer een periode komt waarin belangrijke fusies, die om economische én om fiscale rede-

nen gunstig zouden zijn, tegengehouden zullen worden, net zoals in het jaar 1991, toen het niet duidelijk was of de roerende voorheffing verschuldigd was, en zo ja, of zij verrekenbaar was⁵³.

De rullingprocedure is hiervoor geen afdoende remedie, tenzij de commissie zich voldoende soepel opstelt. Of dit het geval zal zijn, valt nog af te wachten.

53. *Onzekerheid III*. – Op zichzelf heeft de nieuwe algemene regel van art. 344, § 1, W.I.B. daarentegen naar onze mening niet zoveel bijkomende onzekerheid gecreëerd; de tekst bekrachtigt o.i. de bestaande rechtspraak, en de mogelijkheid van een ruling zou hier integendeel zelfs meer zekerheid kunnen scheppen.

De sfeer die rond de nieuwe maatregel is geschapen, gaat echter in de andere richting: niemand weet op dit ogenblik precies hoe de administratie de regel zal interpreteren. Zal zij deze aangrijpen om vruchtgebruik in huur te kwalificeren, ook al is het eerste een zakelijk recht, met al wat erbij hoort, en het tweede een persoonlijk recht? Zal zij een bestuurder die gratis werkt op een fictief loon proberen te belasten? Naar onze mening leent de nieuwe regel zich daartoe volstrekt niet, maar men kan controleurs-avonturiers die moed gekregen zouden hebben door de nieuwe tekst, moeilijk tegenhouden.

Het is dus wachten op de eerste rechtspraak; en indien we onze (onwetenschappelijke) statistieken mogen geloven valt deze in het huidige tempo dus eerst in de jaren 2000 te verwachten.

54. Wanneer we echter de zeer duidelijke cassatierechtpraak van de laatste jaren gelezen hebben over de afwezigheid van een interpretatiemethode volgens economische werkelijkheid, over het vertrouwensbeginsel, en wanneer we de rechtspraak van het Arbitragehof over de rechtsstaat in acht nemen, dan lijkt het ons vrij onwaarschijnlijk dat ons hoogste gerechtshof zich via de regel van art. 344, § 1, zoals die thans voorligt, van de door haar gestelde lijn zal laten afbrengen.

Het zij zo.

Rik DEBLAUWE
Fiscaal jurist
Medewerker K.U.Leuven

⁵³ Dit is pas duidelijk geworden met art. 3, I, 1°, van de wet van 23 oktober 1991, dat art. 169, 2°, W.I.B. 62 invoerde, met retroactieve werking tot 1 januari 1990 (art. 9, § 6, van de wet).

