

---

Naar een postdemocratie van zelfverklaarde  
experten en anonieme beslissers?

---

**FERNAND KEULENEER**

## INHOUDSTAFEL

<b>Machtsverschuiving door vergrondrechtelijking</b> .....	427
<b>EU-ïsering als aandrijver en objectief</b> .....	428
<b>Naar een supranationaal handels- en investeringsrecht</b> .....	430
<b>Naar een supranationale veiligheidsrechtsorde</b> .....	433
<b>Rechtsbeschermd ideologisering</b> .....	435
<b>Rechtscultuur op het niveau van ‘pop economics’</b> .....	437
<b>Verrechtelijking van de politiek, politisering van het recht</b> .....	439



Met de vandaag terecht geëerde eminente fiscalist en gecultiveerde jurist meester Rik Deblauwe kon je doeltreffend en aangenaam samenwerken in fiscale dossiers of in dossiers met een fiscaal luik. Dat was telkens weer een genoegen. Maar buiten het strikt professioneel domein van de fiscaliteit waren er zoveel andere gebieden waarnaar de interesse van Rik Deblauwe uitging en waarover je met hem een grote boom kon opzetten. En ook dat was telkens een genoegen.

Deze korte bijdrage tot dit Vriendenboek heeft geen enkele pretentie. De enige bedoeling is te wijzen op een aantal verwante tendensen in diverse rechtsgebieden die, zo ze al niet zorgwekkend zijn, dan toch een aanzet tot intellectuele alertheid en misschien wel tot beredeneerde opstand.

Stellen dat het recht in volle beweging is, is zonder enige twijfel het understatement van het jaar. Mondialisering, Europeanisering, modernisering en ‘nood aan expertise’ zijn slechts enkele van de termen die worden gebruikt om de door sommigen noodzakelijk geachte transformaties te legitimeren en aan te sturen. In feite gaat het veel minder om dat alles, dan wel om gejuridiseerde ideologie en geïdeologiseerd recht, en dus om in wezen politieke machtsverdeling en -uitoefening.

De machtsvraag bij uitstek is: “Wie heeft het laatste woord?”.

Op weinig ogenblikken in de moderne geschiedenis heeft de notie “soevereiniteit” meer voorop gestaan dan thans. In tegenstelling tot de betekenis die men vandaag de dag gewoonlijk aan dit begrip verleent, namelijk ‘Wie oefent bevoegdheden uit?’, is de eigenlijke betekenis van soevereiniteit ‘Wie heeft het laatste woord?’. Een notie zoals ‘gedeelde soevereiniteit’ is bijgevolg een *contradictio in terminis*, want het laatste woord is ondeelbaar. Je kan de uitvoering van 95% van je bevoegdheden delegeren, maar de soevereiniteitsvraag is of je ze kan terugnemen wanneer je dat wenselijk acht.

Het laatste woord wordt in steeds grotere mate onttrokken aan democratische en statelijke instanties, en overgeheveld naar internationale of globale rechtsinstanties. We bekijken hierna enkele technieken die daartoe worden aangewend.

## Machtsverschuiving door vergrondrechtelijking

Wie erin slaagt om rechtsgeschillen te betrekken op grondrechten, zorgt ervoor dat de uitkomst van de beslechting van het geschil een grondrechtelijk statuut krijgt, wat voorrang op alle andere normen, inclusief wetgeving, waarborgt. Door de proliferatie

van nieuwe en inhoudelijk heruitgevonden grondrechten is het een koud kunstje om een kapstok te vinden. Men kan zich nauwelijks nog een geschil voorstellen waarbij niet een of ander grondrecht kan worden ingeroepen dat zijn oorsprong vindt in hetzij een nationale, een supranationale, een internationale of mondiale juridische context, het weze een verdrag, een rapport van een of andere hoge commissie of een beweerde ‘gewoonte’.

Er doet zich bijgevolg een drievoudige verschuiving voor: van ‘gewoon recht’ naar grondrecht, van wetgever naar rechter, en van nationaal naar internationaal. De soevereiniteit bevindt zich bovenaan deze piramide, bij structuren en instanties waarvan het lang niet altijd duidelijk is waarvoor ze juist staan, en in elk geval ver verwijderd van de normale procedures van democratische controle en alternatie.

Het recht is hierdoor uitermate politiek geworden. Het moet verzekeren dat de macht op die plaats gevestigd wordt en blijft, en de vergrondrechtelijking is de sleutel daartoe. Dat grondrechten ook ‘mensenrechten’ genoemd worden, en dus ook de moraal wordt ingeschakeld, moet die evolutie faciliteren en in een gunstig daglicht stellen. De creatie van academische mensenrechtenopleidingen en -vormingen allerhande moet ervoor zorgen dat bij het kader nieuwe juristen het ‘mensenrechtenperspectief’ ingebakken zit en een eerste reflex wordt, wat betekent dat netwerken tot stand komen die ertoe leiden dat juridische debatten zo worden gevoerd dat de eindbeslissing daar ligt waar de belanghebbenden wensen dat ze zou liggen.

Uiteraard duiken in een geschil vaak conflicterende grondrechten op. De volgende logische stap is bijgevolg dat grondrechten tegen elkaar ‘afgewogen’ moeten worden wanneer ze met elkaar in conflict komen. Hoe die afweging gebeurt, volgens welke criteria, is de beslissing van de oordelende rechtsinstantie, noodzakelijkerwijze naar eigen inzicht en goedgevoelen. Van het oorspronkelijk grondwettelijk model van de representatieve democratie zijn we hier ver verwijderd.

## **EU-isering als aandrijver en objectief**

De vergrondrechtelijking is eveneens een nuttig instrument om de bevoegdheden van de Europese Unie op sluipende wijze uit te breiden. Op de top van Nice (2000) vond men het nodig om een Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie uit te vaardigen, dat later middels verwijzing in het Verdrag van Lissabon (2007) geïncorporeerd werd. Hoewel dit Handvest de bevoegdheden van de Unie formeel niet

uitbreidt, en enkel bedoeld is voor de domeinen waarin de Unie bevoegdheden heeft, is de realiteit anders, minstens veel vager.

Zo verwees het Europees Parlement in een resolutie van 15 november 2017 “over rechtsstaat en democratie in Polen”<sup>1</sup> naar het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, en naar de ‘gemeenschappelijke waarden’, om niet enkel te stellen dat Polen niet het laatste woord heeft wat betreft de organisatie van zijn rechterlijke macht, maar ook om te stellen dat de morning-after pil zonder medisch voorschrift beschikbaar moest gesteld worden, en dat een lidstatelijk verbod op abortus bij ‘ernstige of dodelijke aantasting van de foetus’ indruist tegen de fundamentele mensenrechten.

Dit is niet echt wat men traditioneel of klassiek onder ‘mensenrechten’ zou begrijpen.

Onder de vlag van de mensenrechten, onder verwijzing naar artikel 8 van het Handvest, kwam ook de Algemene Verordening Gegevensbescherming betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens tot stand<sup>2</sup>. Het is duidelijk dat een verwijzing naar een grondrecht een veel ingrijpender reglementering toelaat dan een coördinatie tussen lidstatelijke reglementeringen die tal van andere overwegingen in acht kunnen nemen.

Ook hier worden grondrechten aangewend om eindbeslissingen over te hevelen en macht te herverdelen.

Binnen de Unie werd – daartoe? – ook een zelfstandig Agentschap opgericht, het European Union Agency for Fundamental Rights<sup>3</sup>, dat tot bedoeling heeft een ‘grondrechtencultuur’ te creëren in de EU, en als ‘expert’ deskundig advies te verlenen aan alle instellingen van de Unie.

Welke aan gewone stervelingen onttrokken ‘expertise’ daarbij te pas komt, is niet meteen duidelijk.

Door grondrechten in te roepen wordt regelgeving onttrokken aan het normaal proces van democratische besluitvorming binnen het kader van een rechtsstaat, om een

---

1. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2017-0442>.

2. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>.

3. <http://fra.europa.eu/en/about-fra>.

apparaat te vormen dat een techniek tot machtsuitbreiding of -consolidatie is en tezelfdertijd vaak een uniform ideologisch/filosofisch programma verbreedt.

## Naar een supranationaal handels- en investeringsrecht

Een andere techniek om uitgestrekte rechtsgebieden te supranationaliseren en zo doende te onttrekken aan de nationale soevereiniteit zijn de nieuwsoortige handels- en investeringsverdragen zoals TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) en CETA (Canadian-European Union Comprehensive Trade and Economic Agreement)<sup>4</sup>. Deze verdragen bestrijken een buitengewoon uitgebreid gebied, namelijk alles wat betrekking heeft op handel tussen verdragspartijen, hun respectievelijke wederzijdse investeringen (in de breedst mogelijke zin), en de mogelijkheid en voorwaarden voor de verdragspartijen om in deze domeinen nog regulerend te kunnen optreden.

Louter ter illustratie: zo wordt in het hoofdstuk “markttoegang” van CETA onder meer bepaald (art. 8.4) dat een partij bij CETA ten aanzien van de markttoegang in het kader van de vestiging van een investeerder uit de andere partij voor haar gehele grondgebied of voor het grondgebied van een nationale, provinciale, territoriale, regionale of lokale overheid geen maatregelen vaststelt of handhaaft die:

"a) beperkingen inhouden van:

- i) het aantal ondernemingen die een specifieke economische activiteit mogen verrichten, in de vorm van numerieke quota, monopolies, exclusieve dienstverleners of van de eis van een onderzoek naar de economische behoefte;
- ii) de totale waarde van transacties of activa, in de vorm van numerieke quota of van de eis van een onderzoek naar de economische behoefte;
- iii) het totale aantal transacties of het totale volume van de output, uitgedrukt in bepaalde numerieke eenheden, in de vorm van quota of van de eis van een onderzoek naar de economische behoefte;
- iv) de deelneming van buitenlands kapitaal, uitgedrukt als een maximumpercentage voor buitenlands aandeelhouderschap of de totale waarde van individuele of totale buitenlandse investeringen; of
- v) het totale aantal natuurlijke personen dat in een bepaalde sector mag zijn tewerkgesteld of dat een onderneming in dienst mag hebben, en dat nodig

---

4. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/nl/pdf>.

is voor en zich rechtstreeks bezighoudt met het uitvoeren van een economische activiteit, in de vorm van numerieke quota of van de eis van een onderzoek naar de economische behoefte; of

- b) voor het uitoefenen van een economische activiteit door een onderneming specifieke soorten juridische entiteiten of joint ventures vereisen dan wel deze juist beperkingen opleggen.”

Deze bepaling zou, bij wijze van voorbeeld, door een bijzonder rechtscollege zo kunnen geïnterpreteerd worden dat een partij bij CETA die daarover geen uitdrukkelijk voorbehoud geformuleerd heeft, geen minimumomkadering voor zorgpersoneel in een rusthuis mag vaststellen, als daardoor de waarde van een investering door een verdragspartij, ook de *return on capital* zou afnemen. Dit zou betekenen dat minimumvoorschriften voor de bestaffing van het zorgkader in een rusthuis niet mogelijk zou zijn als daardoor een Canadese investeerder “schade lijdt”. België heeft enkel een voorbehoud geformuleerd voor medische diensten in een rusthuis, niet voor niet-medische zorgverstrekking, en is bijgevolg door die bepaling gebonden.

Ook zou, eveneens bij wijze van voorbeeld, de Belgische wetgever ten aanzien van Canadese investeerders niet meer mogen opleggen dat rusthuizen de juridische vorm van een vereniging zonder winstoogmerk dienen aan te nemen. En aangezien in vele verdragen een meestbegunstigingsclausule voorkomt, zou dit niet tot Canadese investeerders beperkt blijven.

Op basis van welke merkwaardige politieke theorie meent men dergelijke beslissingen te mogen en kunnen onttrekken aan democratische besluitvorming?

Verdragen CETA of TTIP zijn eigenlijk opstapjes naar een globaal recht waarin staten niet meer de componenten van het internationaal systeem zijn.

Anders dan nog het geval was in het ICSID-verdrag van 1966 (Convention on the Settlement of Investment Disputes), haalt thans een verzelfstandigd supranationaal handels- en investeringsrecht, losgemaakt van het recht van staten, de overhand op statelijk recht.

CETA, TTIP en andere akkoorden van die aard worden op zichzelf staande instrumenten die hun eigen recht creëren. Geschillen tussen investeerders en staten worden beslecht door een Investor State Dispute Settlement (ISDS – Investeerder-Staatarbitrage) mechanisme, dat in CETA volgende bevoegdheid toegewezen krijgt (art. 29.17):



“Het arbitragepanel legt de bepalingen van deze overeenkomst uit volgens de gebruikelijke regels voor de interpretatie van het internationaal publiekrecht, met inbegrip van die welke in het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht zijn neergelegd. Het arbitragepanel neemt tevens de relevante interpretaties in aanmerking uit de panelverslagen en de verslagen van de Beroepsinstantie die zijn goedgekeurd door het Orgaan voor geschillenbeslechting van de WTO.”

Het moge duidelijk zijn dat, zoals grondrechten (die hier overigens evenmin afwezig zijn, bijvoorbeeld onder de vorm van het niet-discriminatiebeginsel) ander recht dan het nationale toepasselijk wordt, en andere actoren dan nationale de eindbeslissingen nemen, ook in domeinen waar men zou verwachten dat democratisch bepaalde politieke preferenties ten volle kunnen spelen.

Dit ISDS werd in het debat over CETA en TTIP scherp bekritiseerd. Daarom kwam de Europese Commissie eind 2015 met een voorstel tot oprichting van een “new Investment Court System”, dat een nieuw en gemoderniseerd systeem van investeringsrechtbanken zou moeten worden. Het komt vooral neer op een cosmetische aanpassing van ISDS dat maar weinig zou wijzigen aan de verzelfstandiging en supranationalisering van handels- en investeringsrecht, de beperking van nationale bevoegdheden, de verrechterlijking en de verplaatsing van de beslissingsmacht<sup>5</sup>.

Het is in dat kader, en niet wegens de voorgewende ‘het zou toch goed zijn als er in Brussel een rechtbank in het Engels zou zetelen’-drogreden, dat de door de minister van Justitie voorgestelde oprichting van een ‘Brussels International Business Court’ (BIBC) geplaatst moet worden. Misschien nog meer dan ISDS zou dit een kanaal kunnen zijn om mee deze nieuwe supranationale rechtsorde te creëren, en om die rechtstreeks in de nationale Belgische rechtsorde te insemineren.

Als het ontwerp van de minister van Justitie wet wordt, krijgt dit land inderdaad een nieuwe en hybride rechtbank, de BIBC. Deze rechtbank, een overheidsrechtbank en geen arbitragecollege, zal bevoegd zijn om kennis te nemen van de met instemming van de betrokken partijen aan haar voorgelegde ‘internationale geschillen tussen ondernemingen’.

---

**5.** Op kritiek onthaald door o.m. de Association européenne des Magistrats en de Deutscher Richterbund. <https://europeanlawblog.eu/2016/10/31/investment-court-system-in-ceta-to-be-judged-by-the-ecj/>; <http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2015/11/EAJ-report-TIPP-Court-october.pdf>; [http://www.drb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB\\_160201\\_Stn\\_Nr\\_04\\_Europaeisches\\_Investitionsgericht.pdf](http://www.drb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf).  
Zie *contra* ook de conclusie van advocaat-generaal Wathelet d.d. 19 september 2017 in *Slovakije/Achmea BV*: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=investor%2Bstate%2Bdispute%2Bcourt&docid=194583&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=49289#ctx1>.

De bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek zijn, behoudens uitzonderingen, niet toepasselijk.

De rechters van de BIBC zijn ‘experten’, ook buitenlandse, die geen beroepsmagistraten zijn en niet geacht worden kennis te hebben van het Belgisch handelsrecht, noch van enig ander buitenlands nationaal recht, doch enkel van het ‘internationaal handelsrecht’. Waarschijnlijk zullen ze in grote mate samenvallen met de arbiters die nu reeds actief zijn in de verschillende reeds bestaande arbitragecolleges en -instellingen.

Aangezien de BIBC een Belgische overheidsrechtbank is die deel uitmaakt van de Belgische rechtsorde, zal de rechtspraak van de BIBC, in tegenstelling tot arbitrale beslissingen, in het Belgisch recht een even groot gewicht hebben als de rechtspraak van andere Belgische rechtscolleges. Omdat het niet-discriminatiebeginsel erover waakt dat twee Belgische ondernemingen met betrekking tot een intern-Belgisch rechtsgechil niet gehouden zijn door andere regels dan wanneer ze een internationaal geschil zouden hebben dat door de BIBC beslecht wordt, of dan twee buitenlandse ondernemingen die voor de BIBC verschijnen, zal de rechtspraak van de BIBC zich tot algemeen geldend recht ontwikkelen.

## **Naar een supranationale veiligheidsrechtsorde**

Ook in een heel ander domein is de verschuiving van de ultieme beslissingscentra flagrant. Zo stilaan geeft het Strafwetboek de indruk opgebouwd te worden rond de notie terroristische misdrijven. Daarbij blijft de notie ‘terrorisme’ erg onbepaald, en blijkt ze erg afhankelijk van de conjunctuur, wat niet spoort met het beginsel van de restrictieve interpretatie van de Strafwet.

Men vraagt zich af waarom er een nieuwe categorie misdrijven nodig was, en waarom het traditionele apparaat van het strafrecht niet langer volstond: niet enkel de klassieke misdrijven zoals moord, doodslag, gijzelneming of ontvoering, maar ook de ‘aanslag met het oogmerk om burgeroorlog te verwekken door de burgers of inwoners tegen elkaar te wapenen of hen aan te zetten zich tegen elkaar te wapenen en de samenspanning met hetzelfde oogmerk gesmeed.’ (art. 124 Sw).

Sommige van zulke misdrijven worden nu terroristische misdrijven. Een terroristisch misdrijf veronderstelt ‘dat het door zijn aard of context een land of een internationale organisatie ernstig kan schaden en opzettelijk gepleegd is met het oogmerk om een bevolking ernstige vrees aan te jagen of om de overheid of een internationale orga-

nisatie op onrechtmatige wijze te dwingen tot het verrichten of het zich onthouden van een handeling, of om de politieke, constitutionele, economische of sociale basisstructuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen' (art. 137 Sw.).

Op te merken valt dat deze definitie extraterritoriale factoren inroept om aan een misdrijf een terroristische kwalificatie te verlenen. Het is niet vereist dat een misdrijf de Belgische bevolking ernstige vrees aanjaagt, noch dat het de bedoeling is om de Belgische overheid tot iets te dwingen, of om de Belgische basisstructuren te ontwrichten of te vernietigen. Het spreekt voor zich dat de rechter hier uitgenodigd wordt om een politiek/ideologisch oordeel uit te spreken, dat vervolgens onderworpen wordt aan het politiek/ideologisch oordeel van hogere rechtscolleges. Het oordeel van een politieke autoriteit zal op zichzelf niet volstaan, want dient getoetst te worden aan de criteria van het Strafwetboek.

Op deze wijze creëert het Strafwetboek opnieuw een transmissiekanaal voor elders genomen beslissingen. Zo opent het de weg om al dan niet uitdrukkelijk te verwijzen naar het oordeel van buitenlandse regeringen en pressiegroepen, in de ene of de andere zin, onder controle van supranationale en internationale rechtscolleges. En in het bijzonder opent het de weg om nieuwe supranationale veiligheidsorde te scheppen die primeert op nationale politiek en nationaal recht, en de bestrijding van het 'terrorisme' te globaliseren en het te onttrekken aan het interne recht van staten.

Artikel 51 van het Handvest van de Verenigde Naties, dat voorziet in het 'inherente recht tot individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval tegen een Lid van de Verenigde Naties, totdat de Veiligheidsraad de noodzakelijke maatregelen ter handhaving van de internationale vrede en veiligheid heeft genomen.'

In de klassieke interpretatie van artikel 51 diende de gewapende aanval door een staat te zijn uitgevoerd. Acties van "non-state actors" golden niet als "gewapende aanval" in de zin van artikel 51.

Hiertoe bestonden zeer goede redenen. Aan niet-statelijke entiteiten en actoren eenzelfde statuut verlenen als aan staten, heeft tot gevolg dat het *internationaal* systeem, gebaseerd op soevereine staten, getransformeerd wordt tot een *globaal* systeem.

Een globaal systeem is niet langer gebaseerd op soevereine, gelijkwaardige staten. In naam van, bijvoorbeeld, de collectieve verdediging tegen een aanval van een niet-statelijke actor (een geradicaliseerde versie van *Responsibility to Protect*, als het ware) wordt de soevereiniteit opgeheven.

De inzet is dus, zoals steeds, een machtsvraag. Wie controleert de strijd tegen het ‘terrorisme’? Houden we die onder eigen controle, of hevelen we de controle over naar een nieuwe globale veiligheidsorde, met dito apparaat? En vertrouwen we beslissingen over te nemen maatregelen toe aan een uitvoerende macht, die nog slechts de uitvoerende macht van een nieuw supranationaal beslissingsapparaat zal zijn? En wie bepaalt dan eigenlijk onze buitenlandse politiek? Kunnen we dan eigenlijk nog wel een eigen buitenlandse politiek voeren?

## Rechtsbeschermde ideologisering

Technieken zoals vergrondrechtelijking, EU-isering, supranationalisering van handels- en investeringsrecht of van het veiligheidsrecht zijn lang niet politiek of ideologisch of filosofisch neutraal. Er gaan bedoelingen, belangen en overtuigingen achter schuil. Soms wellicht respectabel of legitiem, maar niet neutraal.

Om een schijn van neutraliteit op te houden, wordt geschermd met experts en de nood aan expertise. Nooit is zo’n expertise neutraal. Ze wordt trouwens hoe langer hoe meer ideologisch, zij het op verdoken wijze.

Zulks is bijzonder frappant als het om de bevordering en bescherming van de nieuwe financiële orde gaat, en van de belangen eraan verbonden.

Zo houden experts ons om de haverklap voor dat het noodzakelijk is om ‘het slapend geld op spaarboekjes’ te activeren, dus te beleggen in aandelen of andere financiële effecten, teneinde de groei in de economie te stimuleren. Het is een schoolvoorbeeld van een uitspraak die voortspuit uit een economisch model dat dominant geworden is, maar waarvan de aanspraken op enige validiteit zeer betwistbaar zijn. Men kan overtuigend aantonen dat deposito’s niet slapen, dat een bank tot fundamentele opdracht heeft bedrijven te financieren en daartoe geen deposito’s nodig heeft. Inderdaad, leningen creëren deposito’s, niet omgekeerd. Deposito’s dienen in de eerste plaats om de liquiditeit van de interbankenmarkt te verzekeren, wat essentieel is om banken toe te laten hun traditionele economische opdracht te vervullen. Als er een financieringstekort in de economie is, is de oorzaak daarvan niet dat er te veel slapende deposito’s zijn, maar dat de banken hun rol van leverancier van brandstof voor de economische motor niet meer spelen.

Dat de banken hun rol niet meer spelen, heeft op zijn beurt te maken met de dominantie van de financiële markten en de daarmee gepaard gaande transformatie van

banken tot actoren op deze markten. Banken vinden het lucratiever om de deposito's van hun klanten af te leiden naar de financiële markten, via fondsen en *special purpose vehicles*, en daardoor 'fee income' te genereren, met een afwenteling van het risico naar de klant. Daarnaast bouwden ze zelf een gigantische beleggingsportefeuille op, gefinancierd door leningen van andere banken of financiële instellingen. In sommige gevallen bestond hun balans nog slechts voor 1/3 uit leningen die ze verstrekten, en voor 2/3, zonder rekening te houden met zelfstandige entiteiten in de groep, uit gestructureerde producten waarin ze belegden.

Hoewel 'indrukwekkende' en dure economische research aan de basis lagen van het model, en talloze experten hun zegen gaven, leidde dit alles tot de crisis die zich manifesteerde vanaf 2007/2008, Het recht had een flink handje toegestoken. Vlotte effectiseringstechnieken maakten het ook juridisch eenvoudig om het *originate-to-distribute*-model te ontwikkelen, desintermediatie te bevorderen, en op die wijze risico door te schuiven. De focus van boekhouding en accounting verschoof. Het klassieke – Venetiaanse – boekhouden had niet als primordiale functie de waarde van een onderneming precies te bepalen en vast te leggen – een onmogelijke opgave overigens, maar de zekerheid te bieden aan wie extern was aan een onderneming, in de eerste plaats aan de schuldeisers, dat zij zeker niet minder waard was dan bleek uit de boekhouding. Voorzichtigheid en conservatisme kenmerkten deze benadering, die zich door de eeuwen heen bewees. De nieuwe boekhoudprincipes die aan de basis liggen van de International Financing Reporting Standards moesten er daarentegen voor zorgen dat investeerders en kapitaalmarkten een precies zicht hadden op de exacte waarde van de onderneming, wat in de realiteit neerkomt op een luchtspiegeling. 'Fair value', 'marked to market', 'marked to model' zijn even zovele kneepjes die de focus moesten verschuiven van een voorzichtig beeld van de onderneming in haar geheel naar de vaak illusoire waardebepaling van financiële activa in het bezit van aandeelhouders. Accounting beoogt niet langer een inzicht en inkijk van buiten de onderneming naar binnen te bieden, maar de rekening te maken en een prijs te bepalen tussen verkopers van effecten en hun potentiële kopers. Maximale aandeelhouderswaarde, volgens voormalig GE-CEO Jack Welch trouwens 'the dumbest idea in the world'<sup>6</sup>, en een meerwaardegedreven economie waren de logische drijfveer achter deze technieken; de waarde van een onderneming werd herleid tot de waarde van haar effecten op de markten, als bij toeval de waarborg voor hoge commissies en vergoedingen allerhande voor de tussenpersonen. Het afschaffen van de 10%-grens op de inkoop van eigen aandelen, met als resultaat minder aandelen en een hogere waarde per aandeel, is evenzeer in deze

---

6. <https://www.forbes.com/sites/stevedenning/2011/11/28/maximizing-shareholder-value-the-dumbest-idea-in-the-world/#2c5500742287>.

context te kaderen. Enerzijds dient spaargeld in kapitaal te worden omgezet, anderzijds wordt kapitaal uit ondernemingen weggepompt.

Waar vandaag de dag werkelijk behoefte aan bestaat, is een robuuste banksector met werkelijke intermediatie als activiteit, iets helemaal anders dan optreden als tussenpersoon/dealer. Maar na de financiële crisis veranderde er fundamenteel niets. Zeker, er was de nieuwe wetgeving op kredietinstellingen en er is MIFID II. Er wordt wat meer transparantie geëist, en de al te scherpe hoeken van mogelijke belangenconflicten tussen financiële tussenpersoon en belegger worden afgevlind, maar het recht moet nog steeds dienen om een ongewijzigd en uitermate belangengeoriënteerd financieel-economisch model te doen functioneren. De proliferatie van fundamentele rechten zal daaraan niets veranderen, maar zal er meer dan ooit voor zorgen dat de eindbeslissingen daarover op de gewenste plaatsen genomen worden.

## Rechtscultuur op het niveau van ‘pop economics’<sup>7</sup>

Terwijl men nog enig respect kan opbrengen voor de prestatie van de lobby’s die erin slagen om het recht te conformeren aan het voor hen meest lucratieve financieel/economisch model, zijn andere aanpassingen heel wat banaler, hoewel evenzeer een regressie van de rechtscultuur.

Met de proliferatie van de term ‘onderneming’, heeft het fenomeen van de ‘*pop economics*’ nu ook zijn intrede gedaan in ons rechtssysteem. Het klassieke handelsrecht was gegrondvest op het onderscheid handelaar/niet-handelaar. Hoewel iedereen zal toegeven dat de invulling van het begrip een actualisering kon gebruiken, was die opdeling op zichzelf niet waardeloos, wel integendeel. Een handelaar beoogde winst, voor de interne financiering en als vergoeding voor het externe kapitaal, door inputs te combineren tot een nieuwe output in de vorm van een goed of een dienst, en deze te verkopen tegen een concurrentiële prijs in een markt van meestal imperfecte mededinging.

Dit begrip wordt nu opgegeven en vervangen door onderneming. Op zichzelf is dit reeds te betreuren, omdat een onderneming andere oogmerken kan hebben dan een handelaar. Er zijn ondernemingen in de vorm van een vereniging zonder winstoogmerk. Niet elk surplus van inkomsten boven uitgaven is een winst. Dat wel een winst noemen is het inzicht opgeven in het specifieke mechanisme van een markteconomie.

---

7. <https://www.bloomberg.com/view/articles/2017-01-19/the-ways-that-pop-economics-hurt-america>.

Bovendien vindt een doorsnee kat haar jongen niet terug tussen de verschillende definities van onderneming in de nieuwe (!) wetgeving. In het nieuwe ondernemingsrecht dat wordt opgediend is een natuurlijke persoon of een rechtspersoon volgens Boek I van het Wetboek Economisch Recht een onderneming als hij op een duurzame wijze een economisch doel nastreeft. Dat is ook de definitie in het wetsontwerp aangaande de BIBC. Maar in Boek XX van datzelfde wetboek is elke rechtspersoon een onderneming.

Ook in een handels- en investeringsverdrag als CETA is een vereniging zonder winstoogmerk een onderneming.

Tot enige tijd geleden was de beoefenaar van een vrij beroep geen ondernemer. Een caritatieve organisatie in de vorm van een vereniging zonder winstoogmerk was dat ook niet, zelfs niet wanneer deze organisatie aan fundraising voor liefdadige projecten deed. En een vzw die het een religieuze congregatie mogelijk maakt in rechte op te treden was evenmin een ondernemer.

Streeft de beoefenaar van een vrij beroep een economisch doel na? Waarschijnlijk wel, want hij realiseert een inkomen. Dat maakt hem volgens het Europees Hof van Justitie tot ondernemer, hoewel hij geen winst in de markteconomische zin beoogt.

Maar hoe zit het met de caritatieve organisatie in de vorm van een vzw? Streeft die een economisch doel na? Alle verzamelde fondsen worden weggeschonken, behalve het gedeelte dat de eigen personeels- en werkingskosten moeten dekken. Is dat een economisch doel? En de vzw die een congregatie vertegenwoordigt in het rechtsverkeer?

Hadden de beeldenstormers die komaf wilden maken met de basis van het handelsrecht dat niet even kunnen verduidelijken?

De reeds hogergenoemde Algemene Verordening Gegevensbescherming, die een aantal potentieel verregaande verplichtingen invoert voor de verwerking van persoonsgegevens, creëert hetzelfde probleem. Onderneming is volgens de Verordening een natuurlijke persoon of rechtspersoon die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm ervan. Valt een caritatieve organisatie onder deze definitie? Om alle moeilijkheden te vermijden, lijken de meeste aan te nemen van wel. Maar wat voor een kwaliteit heeft dergelijke soort wetgeving?

Overigens zou het de bedoeling zijn om in een volgende fase in het Wetboek Economisch Recht te bepalen dat elke rechtspersoon een onderneming is. Wat een verarming van het denken.

Door als gelijk te behandelen wat het niet is, belemmert het recht in toenemende mate het inzicht in de samenhang van de deelsystemen van de samenleving, veeleer dan het te bevorderen. Dit is een neveneffect van EU-ïsering, die enkel schijnbaar een Europeanisering is, die op deze wijze een grote regressie in de rechtscultuur dreigt te veroorzaken.

## Verrechtelijking van de politiek, politisering van het recht

In 1995 mocht ik bij de Openingszitting van het Vlaams Pleitgenootschap bij de balie te Brussel de openingsrede houden<sup>8</sup>. De titel ervan was ‘Inflatie van rechten, ontwaarding van het Recht’. Deze toespraak heeft niet aan actualiteit ingeboet, wel integendeel.

De evoluties die zich toen al aankondigden, zetten zich in steeds versnellend tempo door, zoals we hierboven, zij het erg fragmentair, hebben trachten te schetsen.

Deze ontwikkeling zou tot grote bezorgdheid voor de legitimiteit van het recht, en dus de rechtstaat, moeten leiden.

Recht is een systeem, en elk systeem heeft zijn relatieve autonomie en dynamiek. Een samenleving wordt georganiseerd door een aantal deelsystemen die op elkaar inwerken en elkaar in evenwicht houden. Geen van die deelsystemen kan zomaar een wagonnetje van een ander worden.

Recht is iets anders dan politiek, politiek is iets anders dan recht, en recht dient niet om economische en financiële belangen veilig te stellen tegen het algemeen belang in.

Nochtans zien we de versmelting van alles met alles, het verdwijnen van onderscheid, een teloorgang van een kritisch rationalisme. Vloeibare moderniteit als het ware<sup>9</sup>.

Wat we beschreven is een gestuurde ontwikkeling waarbij deelsystemen uit hun totaalverband worden losgemaakt. Deelsystemen verlichten elkaar niet meer, maar doen het tegendeel. De toenemende overname van het recht door ‘pop-economics’ ten gevolge van een EU-ïsering als persiflage op wat een echte Europeanisering zou kunnen zijn, is

---

8. <http://www.vpgbrussel.be/UserFiles/file/openingsrede%201995.pdf>.

9. <http://www.hermandedijn.be/page.php?LAN=N&ID=652&FILE=subject&PAGE=1>.



niet enkel een kanker voor de rechtscultuur, maar tast ook de basis van het historisch gewortelde economisch denken aan.

Als het recht louter moet dienen als instrument van een ideologie en een democratische alternering onmogelijk maakt, zal de natuur van het recht veranderen. Zijn legitimiteit zal niet meer vanzelfsprekend zijn. De rechtsstaat zal veel meer een machtsstaat worden.

Wie recht laat versmelten met een ideologisch-politiek project, en dit vervolgens zo goed als betonneert, roept onvermijdelijk tegenkrachten op. Elke expertise wordt verdacht, en alles wordt politiek, *in casu* antipolitiek. Ook conflicten worden geglobaliseerd, en dreigen daardoor onbeheersbaar te worden.

Al te zelden wordt de vraag gesteld ‘of we wel goed bezig zijn’. Die vraag wordt constant verward met de vraag ‘of we wel mee zijn’. Waarmee eigenlijk ‘mee’? Wordt daarover nog nagedacht? Zoals de economie ‘transactioneel’ in plaats van ‘relatoneel’ geworden is, zo ook het recht. Ingrijpen in een systeem kan tot de voorziene en geplande effecten en gevolgen leiden, maar minstens even vaak gebeurt het dat er onvoorziene en niet-geplande effecten optreden. Ingrijpen in een systeem leidt niet enkel tot gevolgen buiten dat systeem, maar verandert ook het systeem zelf<sup>10</sup>. Om beide redenen is er zorgvuldigheid vereist, waarbij, vooral in belangrijke aangelegenheden, alle mogelijke gevolgen, zowel de impact op domeinen buiten het recht, als de impact op verhoudingen en processen binnen het rechtssysteem zelf, zo nauwkeurig mogelijk geanalyseerd worden. Precisie, ook juridische precisie, is essentieel.

Ik pleit dus voor voorzichtigheid en bescheidenheid. En voor meer pluralisme: pluralisme van systemen, pluralisme van ideeën en pluralisme van duidelijk identificeerbare machtscentra.

Wie de rechtsstaat en een liberaal-geïnspireerde maatschappelijke orde wil bewaren, zal naar een nieuw evenwicht moeten streven, waar grondrechten ophouden een instrument tot verrechtelijking, verrechterlijking en supranationalisering te zijn, waar EU-ïsering niet inzichtloos of kwaadwillig inhakt op de eigen consistentie van nationale juridische systemen met een lange eigen traditie, waar de soevereiniteit – die van het laatste woord – in ere hersteld wordt, waar er opnieuw veel meer plaats geschapen wordt voor democratische alternering, waar recht niet de dienstmeid is van een

---

**10.** We lieten in dit kort bestek de regelrechte en onherroepelijke ondermijning van het klassieke afstammingsrecht nog buiten beschouwing.

neoliberale ideologie, en waar modernisering niet het alibi is om een rechtscultuur af te breken.

Zoniet zal de zogenaamde 'illiberale democratie' misschien nog het minste kwaad blijken.