

Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel)

**Zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse
maatschappelijke uitdagingen**

**Compilatie blogposts Corporate Finance Lab
<https://corporatefinancelab.org/tag/cornelisfeltkamp/>**

Prof. Em. L. Cornelis¹ en Prof. R. Feltkamp²

¹ Hoogleraar emeritus Verbintenissenrecht en advocaat.

² Docent VUB Financieel- en economische recht / Selected topics law of obligations and contract law (Vakgroep PREC / BuCo); advocaat.

Inhoudstafel

1.- Inleiding.....	3
1.a.- Van geen kwaad bewust.....	3
1.b.- Het opzet van de codificatie.....	6
1.c.- De verhouding tussen de voorstellen en de toelichting	7
2.- Over het BW als fundament van de privaatrechterlijke ordening en het einde van de rechtspraak als bron van privaatrecht	8
3.- Back to the future?.....	13
4.- De rechtshandeling	22
4.a.- Rechtshandelingen en rechtsfeiten : één pot nat?.....	22
4.b.- Weg met de wettelijke openbare orde, leve de jurisprudentiële openbare orde!	26
4.c.- Ongeoorloofdheid (wordt een) troef.....	34
5.- Alleen op de wereld, de wilsuiting	45
6.- Een mededeling is nog geen kennisgeving.....	50
7.- Tijdsbepaling, voorwaarde en termijnen	55
8.- Vertegenwoordiging.....	58
9.- De geheimen van de goede en kwade trouw.....	68
10.- Het witte konijn : rechtsmisbruik?	77
11.- Opzettelijke fout en fraude zijn geen synoniemen	90
12. Stilzwijgende afstand van recht.....	99

1.- Inleiding

1.a.- Van geen kwaad bewust

1.1 De beste stuurder staan aan wal. In een recente opinie in de Tijd (gevolgd door een artikel in de Juristenkrant³) hebben de auteurs van deze bijdrage de bonte stelling verdedigd dat er geen duurzame toekomst voorligt met verouderde juridische recepten. Deze recepten betreffen het op 24 februari 2021 in de Kamer⁴ ingediende wetsvoorstel houdende Boek 1 “Algemene bepalingen” van het Burgerlijk Wetboek (“BW”) (hierna “Boek I”).⁵ Het risico met zo een stelling is het deksel op de neus te krijgen.

De plaats ontbrak in de opinie om over te gaan tot een uitgebreidere onderbouwing. Wie op 't water is moet echter varen. Met deze bijdrage⁶ komen wij dan ook graag met onze verdere analyse van wal.

Het wetsvoorstel “Algemene bepalingen” werd niet door een consultatiefase voorafgegaan⁷. De tekst is van de hand van twee deskundigen⁸, die nauw samenwerkten met de werkgroep verbintenissen. Uit de toelichting blijkt dat het opzet van Boek 1 erin bestaat een aantal “algemeen geldende bepalingen” te bundelen, die een “*transversale werking*” hebben, maar “*bovendien niet specifiek verbonden zijn aan een van de overige boeken van het Wetboek*”.⁹ Het gaat om 12 artikelen gewijd aan een amalgaam van onderwerpen: de bronnen; de toepassing van de wet in de tijd; de noties rechtshandeling, wilsuiking, kennisgeving, tijdsbepaling en voorwaarde; de berekening van termijnen; de vertegenwoordiging; de subjectieve goede trouw; het rechtsmisbruik; het oogmerk om te schaden en de afstand van recht.

³ L. CORNELIS en R. FELTKAMP, “Vrijheid, blijheid en na ons de zondvloed: kunnen we echt niet beter”, Juristenkrant 28 april 2021, p. 16.

⁴ Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 1 “Algemene bepalingen” van het Burgerlijk Wetboek *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001-033 (hierna verkort geciteerd als “Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805”).

⁵ En, meer in het algemeen, ook met betrekking tot het voorgestelde Boek 5 (Verbintenissen).

⁶ Een eerste versie hiervan werd gepubliceerd onder de vorm van opeenvolgende blogs op de website van Corporate Finance Lab, met dank aan J. VANANROYE en A. VAN HOE.

⁷ Dit was wel het geval voor bijv. de eerste (publieke) versie van Boek 5 Verbintenissen.

⁸ De professoren E. DIRIX en P. WÉRY.

⁹ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 4-5.

Zowel maatschappelijk, als technisch-juridisch schieten de voorstellen tekort.

Het lijkt onmogelijk dat de deskundigen die het wetsvoorstel ontwierpen, blind zouden zijn voor de uitdagingen waarvoor de samenleving staat. Zij weten dat er zich, door menselijk toedoen veroorzaakte, klimaat- en ecologische ontregelingen voordoen, dat de patrimoniale ongelijkheid de laatste vijftig jaren in België (West-Europa) pijnlijk toenam en dat daardoor het democratische gedachtengoed onder hoogspanning staat.

Het is even onmogelijk dat de deskundigen niet zouden weten dat die uitdagingen, met onzekere afloop, het gevolg zijn van economische en financiële activiteiten, alsmede van de verdeling in samenlevingsverband van inkomsten en rijkdom.

Uiteraard weten zij dat die activiteiten en de inkomsten- en rijkdomverdeling plaatsvinden krachtens de daarop toepasselijke rechtsregels, die in het privaatrecht, en bij uitstek in het verbintenissenrecht, zijn aan te treffen, eventueel door publiekrechtelijke regels gecorrigeerd¹⁰. Dankzij het verbintenissenrecht, dat de basisregels bevat van ons (economisch) handelen en onze aansprakelijkheid, kunnen afspraken gemaakt worden die juridisch afdwingbaar zijn. Ondernemingen maken er handig gebruik van om hun economische en financiële activiteiten te ontplooiën (en hun aansprakelijkheid te beperken). Intussen is, meer dan eens, gebleken dat die regels het voor ondernemingen mogelijk maken excessieve winsten binnen te rijven ten koste van de collectiviteit, onder andere doordat de risico's en de kosten van hun activiteiten kunnen worden afgewenteld op anderen. De financiële crisis in 2007¹¹, de Dieselgate, het CumExschandaal¹², ... zijn slechts een paar van de vele, welbekende, voorbeelden hiervan.

¹⁰ Niet voor niets had Boek 3 van het Oude BW (1804) als titel "op welke wijze eigendom verkregen wordt" en daarna "wijze van eigendomsverrijking".

¹¹ Zie over de verhouding tussen het privaatrecht en de financiële en economische crisis in 2007 de bijdragen van verschillende auteurs in X, *Finance and Law: twins in trouble*, (eds. L. CORNELIS), Intersentia 2018, 328p. Zie ook meer algemeen K. BYTTEBIER, *De onvrije markt*, Antwerpen, Garant, 2018; 236p; X., *Sustainability and private law*, (eds. B. AKKERMANS en G. van DIJCK), Den Haag, Eleven International Publishing, Maastricht Law Series n° 13, 2019, 192p.

¹² Het CumEx schandaal verwijst naar de door een netwerk van banken, aandelenhandelaars en topadvocaten opgezette belastingfraude met dividendenhandel ("dividend arbitrage"), die ontdekt werd in 2011. Volgens het collectief van onderzoeksjournalisten Correctiv werden via deze dividendenhandel miljarden euro's onttrokken aan de Europese staatskassen en o.a. 201 miljoen euro aan de Belgische staatskas (zie O. SCHNEIDER, "Cum EX" tax fraud reportedly costs Belgium 201 million euros", *The Brussels Times*, 18 October 2018 <https://www.brusselstimes.com/news/belgium-all-news/51354/cum-ex-tax-fraud-reportedly-cost-belgium-201-million-euros/>).

Als economische activiteiten, sinds ongeveer 50 jaar hier en elders het klimaat en de ecologie ontregelen, financiële, economische en gezondheids crisissen veroorzaken en de inkomsten- en vermogensongelijkheden op de spits drijven, dan is dat mede door het verbintissenrecht en ruimer het privaatrecht kunnen gebeuren.

Van (juridische) experts die wetsvoorstellen maken, mag worden verwacht dat zij weten dat de herhaalde en veralgemeende toepassing van het privaatrecht¹³ de economische en financiële activiteiten en de daarbij horende inkomsten- en rijkdomverdeling mogelijk ma(a)k(t)en. Zij kennen het rechtstreekse verband tussen het privaatrecht, en de bedreigingen waarmee het samenlevingsverband, in de komende jaren steeds meer, krijgt af te rekenen.¹⁴

Rekening houdend hiermee en gelet op de ordenende functie van rechtsregels – ook van het verbintissenrecht –, is het dan ook niet te verantwoorden dat die kennis niet wordt betrokken bij een hercodificatie van rechtsregels die, zoals zij zelf aangeven, het gemeen recht betreffen en algemeen van toepassing zijn. In de voorstellen wordt niet de minste aandacht besteed aan het verband tussen de toepassing van het privaatrecht en de (klimaat-, ecologische, ongelijkheids- en politieke) uitdagingen. Er wordt geen enkele poging ondernomen om de voorgestelde regels te evalueren in het licht van hun bijdrage aan het bestaan en de neutralisering van de uitdagingen, waarmee onze samenleving nu geconfronteerd wordt. Evenmin wordt aangegeven hoe de op tafel liggende voorstellen het tij kunnen keren.

Het omstandig stilzwijgen van de voorstellen op dit vlak wijst erop dat de hercodificatie wordt aangegrepen om de actuele gang van zaken, die mede aan het privaatrecht is toe te rekenen, te bevestigen. “Meer van hetzelfde”¹⁵ blijkt het devies, hoewel de onbevredigende uitkomst daarvan¹⁶ in de sterren staat geschreven. Met struisvogelpolitiek heeft dit niets meer te maken: het gaat om een welbewuste keuze, die een diepgaand politiek debat verdient, beslecht door de wetgever.

¹³ Onvoldoende door het publiekrecht gecorrigeerd.

¹⁴ Zie E. DIRIX, “Nieuw BW: belangrijke rol in streven naar verdelende rechtvaardigheid”, *Juristenkrant 7 oktober 2020*, 11, waarin wordt verwezen naar de analyses van K. PISTOR (The Code of Capital) en van U. MATTEI en A. QUARTA (The turning point of private law).

¹⁵ Beter bekend als “flexibiliteit”.

¹⁶ Althans voor een democratische samenleving, zoals door het verloop van de ondemocratische 19^e eeuw en de laatste vijftig jaren wordt aangetoond.

Omdat het zo gemakkelijk is die fundamentele kritiek weg te wuiven met de opmerking dat zij weinig concreet is¹⁷, wordt hierna ingegaan op de juridisch-technische tekortkomingen van de voorstellen, mede in het licht van hun effecten op het democratisch samenlevingsverband. Vooraleer daarmee van start te gaan, volgen eerst nog twee voorafgaande bedenkingen.

1.b.- Het opzet van de codificatie

1.2 De opstellers menen dat de hercodificatie een kans is om een aantal voor het gehele burgerlijk recht, en ruimer voor het privaatrecht, geldende regels samen te brengen. Zij benadrukken dat het Burgerlijk Wetboek, bij uitstek, het gemene recht omvat en de natuurlijke roeping heeft om algemeen van toepassing te zijn.

De bepalingen zijn algemeen niet enkel omdat zij een transversale werking hebben, maar ook omdat zij, zo schrijven de opstellers, niet specifiek verbonden zijn aan een van de overige boeken van het Burgerlijk Wetboek.¹⁸ Omdat zij niet specifiek kunnen worden vastgeknoopt aan een van de overige boeken van het Burgerlijk Wetboek, worden ze samengebracht in dit Boek I wat, volgens de opstellers, de gemeenrechtelijke aard van het Burgerlijk Wetboek zou bevestigen. Het resultaat daarvan is evenwel een amalgaam van bepalingen waartussen weinig verband of logica zit (behalve dan dat het begrippen of rechtsregels zijn die, volgens de opstellers, niet specifiek zijn vast te knopen aan andere boeken). Soms gaat het om een definitie, soms om een voorgestelde rechtsregel. De rechtsonderhorige die zich het Burgerlijk Wetboek wil eigen maken, botst daardoor meteen op een tekst die, anders dan de opstellers beogen, niet toegankelijk en vlot leesbaar is.

De draagwijdte van de “algemene bepalingen” kan niet worden overschat: niet enkel het burgerlijk recht, maar het volledige privaatrecht is hun toepassingsgebied¹⁹. De algemene bepalingen zijn derhalve de plaats bij uitstek om de werking van het privaatrecht in zijn

¹⁷ Daardoor de indruk wekkend dat de opstellers van o.m. Boek 1 toch niet het verband zouden kennen tussen de toepassingen van het privaatrecht en de uitdagingen of niet kunnen bedenken hoe het privaatrecht moet worden aangepast om de verergering van de uitdagingen te vermijden en hun oorzaak aan te pakken.

¹⁸ Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer* 2020-2021, 55-1805/001-033, p. 4-5.

¹⁹ Zodat ook het vennootschapsrecht, het economisch recht, het bank- en financieel recht, het arbeidsrecht, het gerechtelijkrecht, door de algemene bepalingen worden beheerst.

verhouding met de (klimaat-, ecologische, ongelijkheids- en politieke) uitdagingen bij te sturen²⁰ of integendeel op haar beloop te laten²¹.

Zoals uit de bespreking van de voorstellen zal blijken, kozen de opstellers voor de tweede optie, wat voor meer dan betwisting vatbaar is.

1.c.- De verhouding tussen de voorstellen en de toelichting

1.3 Het lijkt geen twijfel dat de bedoeling van de opstellers in de uitvoerige toelichting moet worden gezocht, wanneer de tekst van hun voorstellen daarover twijfel laat bestaan, wat niet zo uitzonderlijk is, zoals hierna blijkt. In de veronderstelling dat de Kamer de voorstellen, ongewijzigd, zou goedkeuren²², worden de voorstellen een wettekst. De bijkomende toelichting verwerft dat statuut niet.

Zoals hierna wordt aangetoond, stemt de inhoud, zin en draagwijdte van meerdere voorstellen niet (volledig) overeen met de bijhorende toelichting. Dat vraagt opheldering: de voorstellen en de bijhorende toelichting moeten op elkaar worden afgestemd of, minstens, moet de wetgever aanduiden of zijn goedkeuring zich tot de voorstellen beperkt, dan wel ook op de bijhorende toelichting betrekking heeft. Het is immers de bedoeling van de wetgever die bepalend is wanneer de hoven en rechtbanken de inhoud, de zin en de draagwijdte van een wet zoeken²³.

²⁰ Door correctiemechanismen te voorzien of te verstrengen.

²¹ Door correctiemechanismen af te bouwen of af te zwakken.

²² Waardoor de wetgever de (politieke) verantwoordelijkheid neemt van de, door experts voorbereide voorstellen.

²³ W. VEN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, (eds. R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN), Antwerpen / Utrecht, Standaard Wetenschappelijke uitgeverij, 1969, 51-61.

2.- Over het BW als fundament van de privaatrechterlijke ordening en het einde van de rechtspraak als bron van privaatrecht

2.1 Bronnen - Artikel 1.1. Volgens het voorgestelde artikel 1.1 zal het Nieuw BW het burgerlijk recht en ruimer het privaatrecht regelen, onverminderd de bijzondere wetten, de gewoonte en de algemene rechtsbeginselen. De gebruiken zijn daarentegen slechts een bron “van recht” indien de wet of het contract ernaar verwijst. Volgens de opstellers, is het Burgerlijk Wetboek “*het fundament van onze privaatrechtelijke ordening*” dat een “*systematische en rationele ordening [bevat] van de rechtsregels die de coherentie bevordert en bijdraagt tot een betere toegankelijkheid van het recht voor de burgers*”²⁴. Zij wekken aldus de indruk dat de coherentie van het privaatrecht en de toegankelijkheid van het recht slechts na te streven doelstellingen en dus geen resultaten zijn die noodzakelijk moeten worden bereikt.

Twee alinea’s verder, wanneer zij pleiten voor de implementatie van Europese instrumenten in het Burgerlijk Wetboek, benadrukken de opstellers echter dat aldus “*de coherentie en de gemakkelijke toegankelijkheid van het recht [wordt] verzekerd*”²⁵, waardoor ze op het spoor van te bereiken resultaten zitten. De coherentie van het recht en zijn toegankelijkheid zijn onmiskenbaar wezenskenmerken van de rechtsregel en van een rechtsstaat: zij zijn geen na te streven doelstellingen, maar te bereiken resultaten.

2.2 Het fundament van onze privaatrechtelijke ordening. Het Burgerlijk Wetboek is niet “het fundament van onze privaatrechtelijke ordening”. Sinds de democratische kanteling²⁶ zijn de Grondwet en, vervolgens, het EVRM, bevestigd door de artikelen 2 en 3 VEU, de fundamentele “van onze privaatrechtelijke ordening”, met inbegrip van het Burgerlijk Wetboek. Door het Burgerlijk Wetboek als “het fundament van onze privaatrechtelijke ordening” voor te stellen, sluiten de opstellers het privaatrecht af voor de beginselen, finaliteit en werkingsregels van de democratische samenleving, zoals eerder DE PAGE²⁷ en het Hof van

²⁴ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001-033, p. 6.

²⁵ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001-033, p. 6.

²⁶ Juridisch voltooid rond het midden van de 20e eeuw.

²⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel Bruylant, 1962, 110-121.

Cassatie, sinds het cassatiearrest van 9 december 1948²⁸, deden via hun definitie van de (wet van) openbare orde.

Het privaatrecht is ondergeschikt aan de in de Grondwet en in het EVRM aan te treffen democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels. Coherentie beperkt tot het privaatrecht volstaat niet: het privaatrecht moet, zonder uitzondering, stroken met en passen in de democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels die in de Grondwet en in het EVRM aan te treffen zijn. Het is niet omdat de rechtspraak er, onder leiding van het Hof van Cassatie, in geslaagd is om het privaatrecht voor doorwerking van het democratische gedachtengoed af te schermen, dat de wetgever bij een hercodificatie die (on)democratische toestand en de erdoor gegenereerde, samenlevingsbedreigende resultaten zou moeten aanvaarden of bevestigen.

2.3 De wet. In de toelichting benadrukken de opstellers dat het Burgerlijk Wetboek niet enkel de basisregels van het burgerlijk recht bevat, maar ook “een begrippenarsenaal” levert en het referentiekader voor het gehele privaatrecht uittekent.²⁹

Naast de overweging dat een dergelijke verduidelijking van het opzet en het toepassingsgebied van Boek I in de wettekst zou moeten worden opgenomen, is op te merken dat de opstellers met twee maten en twee gewichten werken. Sommige begrippen worden in de voorstellen zelf omschreven³⁰, andere worden in de toelichting met een omschrijving bedacht³¹ en nog andere worden zowel in de voorstellen, als in de toelichting stiefmoederlijk behandeld of komen daarin niet aan bod terwijl ze toch ook een transversale werking zouden hebben³². De wet zelf behoort tot de tweede categorie. De opstellers beperken zich in de toelichting tot de aanwijzing dat de woorden “wet”, “wettelijke bepalingen” en “regels” die meermaals in hun voorstellen worden gebruikt, moeten worden begrepen als verwijzingen naar de wet in de materiële zin van het woord. Daarvan geven zij een exemplatieve

²⁸ Cass. 9 december 1948, Pas. 1948, I.

²⁹ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001-033, p. 6.

³⁰ O.m. de kennisgeving, het rechtsmisbruik, de vertegenwoordiging.

³¹ O.m. de gewoonte, het algemeen rechtsbeginsel.

³² O.m. de noties rechtsfeit, subjectief recht, het algemeen belang, hoewel de relevantie daarvan niet voor betwisting vatbaar is.

opsomming³³, zonder aan te duiden wat nodig is om van een dergelijke wet in de materiële betekenis te spreken³⁴.

Uit de toelichting blijkt dat de opstellers alle wetten beogen, met of zonder kracht van wet³⁵. Zij besteden echter geen aandacht aan de voorrangregeling, die in de hiërarchie der normen vervat ligt³⁶.

2.4 Het algemene rechtsbeginsel. In de toelichting worden de algemene rechtsbeginselen beschreven als *“door de rechtspraak uit de grondslagen van het rechtssysteem afgeleide fundamentele regels die ook buiten de wettelijke toepassingen ervan worden erkend”*.³⁷

Vermits naar de grondslagen van “het rechtssysteem” wordt verwezen, dat bovendien coherent moet zijn, moeten de algemene rechtsbeginselen die de opstellers beogen, naar inhoud en toepassing, met het publiekrecht en de eraan ten grondslag liggende democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels overeenstemmen.

Uit hun omschrijving blijkt overigens dat de algemene rechtsbeginselen geen autonoom bestaan hebben. Zij dienen, zoals de opstellers meermaals benadrukken, door de rechtspraak³⁸ te worden erkend. Niet de algemene rechtsbeginselen, maar wel de rechtspraak van het Hof van Cassatie blijkt aldus de bron van recht te zijn.

Volgens de opstellers stelt de rechtspraak van het Hof van Cassatie zich streng op bij de erkenning van nieuwe algemene rechtsbeginselen. Bij wijze van voorbeeld verwijzen ze naar de afwijzing als algemeen rechtsbeginsel van het beginsel van de goede trouw³⁹. Die bewering behoeft een korrel zout. Het beginsel van de goede trouw⁴⁰, ligt – zoals ook wordt aangegeven in de toelichting bij Boek V⁴¹ - aan de basis van het algemeen rechtsbeginsel van het verbod van rechtsmisbruik, waarvan wordt voorgesteld er een wetsbepaling van te maken (artikel 1.10). De bewering dat het beginsel van de goede trouw als algemeen rechtsbeginsel werd

³³ Met verwijzing naar de hiërarchie der normen (waartoe dus ook de Grondwet, het EVRM, de Unie-verdragen, het publiek recht behoren).

³⁴ Namelijk een algemene, abstracte, duurzame en eenzijdige wilsuiting van een bevoegde wetgever.

³⁵ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 8.

³⁶ Onder meer de toepassing van artikel 159 Grondwet; zie ook W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel. Veertig jaar later*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, 151-161.

³⁷ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 7.

³⁸ Lees “het Hof van Cassatie”.

³⁹ Cass. 22 februari 2018, C.17.0302.N.

⁴⁰ Ook “de redelijkheid en billijkheid” genoemd.

⁴¹ Memorie van toelichting, wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1806/001, p. 83. Hierna ook verkort geciteerd als “Wetsvoorstel Boek 5 BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1806/001”).

afgewezen is dan ook ongenueanceerd, wanneer niet wordt ingegaan op de erkenning van het verbod van rechtsmisbruik als algemeen rechtsbeginsel.

2.5 De gewoonte en het gebruik. Met verwijzing naar cassatierechtspraak bepalen de opstellers de gewoonte als een regel die voortvloeit uit een bestendig gebruik waarvan het bindend karakter steun vindt in de algemene overtuiging. De gewoonte is derhalve een gebruik, met bijkomende kwalificaties⁴². Zonder die bijkomende kwalificaties is er slechts sprake van een gebruik, dat geen rechtsbron is, tenzij de wet of het contract ernaar verwijst. Volgens de opstellers speelt de gewoonte een belangrijke rol in het kooprecht. Wie stelt evenwel vast dat er zich een feitelijk gebruik voordoet dat beantwoordt aan de kwalificaties van bestendigheid en van de algemene overtuiging van zijn bindend karakter? Dat is de feitenrechter en, finaal, het Hof van Cassatie wanneer het Hof de (feitelijke) beoordeling en toepassing van het wettelijke begrip “gewoonte” bijvalt of afkeurt. Het is dus niet de gewoonte, maar wel de rechtspraak, in het bijzonder van het Hof van Cassatie, die de bron van recht is.

2.6 De jurisprudentiële rechtsregel. Met artikel 1.1 doen de opstellers het voorkomen alsof de wet, de algemene rechtsbeginselen en de gewoonte de enige bronnen van recht zouden zijn⁴³.

Het volstaat de toelichting diagonaal te doorlopen om er zich rekenschap van te geven dat de opsomming onvolledig is. De jurisprudentiële rechtsregel⁴⁴ ontbreekt in het verhaal.

Gelet op de deskundigheid van de opstellers kan dat geen toeval zijn. Zij verklaren die opmerkelijke afwezigheid echter niet.

De rechtspraak is een formele bron van het recht: een vindplaats van rechtsregels. Dat geldt niet enkel voor de, interne, rechterlijke macht, maar ook voor het Grondwettelijk Hof, de Raad van State, het Europese Hof van de Rechten van de Mens, de rechterlijke macht binnen de Unie ..., die zich dikwijls over toepassingen van het privaatrecht buigen. De beslissingen van die hoge rechtscollages zijn vaak verbindend voor de interne rechterlijke macht, inbegrepen

⁴² Namelijk de bestendigheid van het gebruik en de algemene overtuiging van zijn bindend karakter.

⁴³ Terwijl de algemene rechtsbeginselen en de gewoonte tot de rechtspraak, i.h. b. van het Hof van Cassatie zijn te herleiden.

⁴⁴ Ook “rechtspraak” genoemd. Klassiek wordt de rechtspraak steeds als bron van recht vermeld bij de bespreking van de bronnen van het recht (samen met ook nog de billijkheid en de rechtsleer). Zie o.m. R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, dl, tweede uitgave, Brussel 1972, Bruylant, p. 11, nr. 3 en p. 27 e.v. nr. 28 e.v.; H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1962, T I, p. 21, nr. 10 e.v.

het Hof van Cassatie. Zou het kunnen dat de opstellers daarom dat aspect liever niet in de algemene bepalingen aankaarten?

Zelfs wanneer het gaat over jurisprudentiële rechtsregels, uitgedokterd onder het gezag van het Hof van Cassatie, maakt de opname van de rechtspraak als bron van recht het noodzakelijk in het Burgerlijk Wetboek te bepalen onder welke (preciese en toegankelijke) voorwaarden de hoven en rechtbanken, onder de deskundige leiding van het Hof van Cassatie⁴⁵, jurisprudentiële rechtsregels kunnen uitwerken.

Die oefening, die peilt naar de verhouding met de wetgevende macht en naar de begrenzing van de rechterlijke bevoegdheid om rechtsregels te maken, is in het Belgisch recht verre van eenvoudig gelet op de manier waarop het Hof van Cassatie zich, sinds zijn arrest van 9 december 1948, gedraagt⁴⁶. Was dat ook een reden om de rechtscheppende functie van de rechterlijke macht onbesproken te laten?

De rechtspraak moet als bron van recht worden vermeld, met aanduiding van de criteria en kwalificaties die daartoe vereist zijn. Daardoor wordt de verwijzing naar de algemene rechtsbeginselen en de gewoonte overbodig.

De opsomming van de rechtsbronnen wordt in de toelichting verantwoord met de overweging dat het

Burgerlijk Wetboek niet alle regels bevat die het burgerlijk recht beheersen en dat de gehanteerde opsomming van rechtsbronnen ook in andere recente wetboeken is terug te vinden, zoals het Spaans en Oostenrijks Burgerlijk Wetboek. Er wordt evenwel niet toegelicht wat uit deze en wellicht andere voorbeelden op het vlak van de bronnen van het recht is te leren, met name op het vlak van de (uitschakeling van de) rol van rechtspraak als bron van recht.

⁴⁵ Die, bij veronderstelling, dezelfde regels en voorwaarden op zijn rechtspraak toepast.

⁴⁶ Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699.

3.- Back to the future?

3.1 Toepassing van de wet in de tijd - Artikel 1.2. Het voorstel van artike 1.2 bestaat uit drie alinea's die de, door de rechtspraak ontwikkelde principes inzake de toepassing van de wet in de tijd in wetsvoorstellen omzetten. In de eerste alinea wordt bepaald dat de wet alleen voor de toekomst beschikt en geen terugwerkende kracht heeft. Hierop geldt meteen een uitzondering: de terugwerkende kracht kan wel gelden indien de wet dit uitdrukkelijk bepaalt "in het algemeen belang". Artikel 1 oud BW bevatte reeds een analoge bepaling⁴⁷. Het voorstel voegt aan de bestaande regel toe dat de wet gebeurlijk terugwerkende kracht kan hebben indien de wetgever dit uitdrukkelijk in het algemeen belang bepaalt. Op de inhoud, zin en draagwijdte van het algemeen belang gaan de ontwerpers niet in.

De tweede en derde alinea zijn grotendeels aan de rechtspraak van het Hof van Cassatie ontleend en zijn bekend als de onmiddellijke werking van de nieuwe wet, enerzijds, en de eerbiedigende werking van de nieuwe wet, anderzijds.

3.2 De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof⁴⁸. In de toelichting verantwoorden de opstellers de verwijzing naar het algemeen belang als volgt: "*In navolging van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is dit⁴⁹ slechts mogelijk wanneer dit onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang*"^{50,51}. In het voorstel van wettekst wordt evenwel niet naar de onontbeerlijkheid en de doelstelling van algemeen belang verwezen.

Volgens het Grondwettelijk Hof komt het aan de wetgever toe om de samenleving te ordenen op de wijze die hij in het algemeen belang wenselijk acht. Hij is daarvoor in een democratisch georganiseerde samenleving verantwoordelijk. Wanneer hij, onder meer in functie van omstandigheden die zich in het samenlevingsverband voordoen, meent dat het beleid door een nieuwe of aangepaste wetgeving moet worden bijgespijkerd, moet hij in die zin kunnen ingrijpen. Niemand heeft dus recht op een ongewijzigd beleid⁵².

⁴⁷ Sinds 1804, alsdan bekend als artikel 2 BW.

⁴⁸ Hierna ook afgekort als GWH.

⁴⁹ Bedoeld wordt een wet met terugwerkende kracht

⁵⁰ Zij verwijzen naar GWH 22 januari 2015 (2/2015) en GWH 7 mei 2015 (54/2015).

⁵¹ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 9.

⁵² O.m. GWH 16 maart 2017 (39/2017); GWH 22 december 2016 (170/2016); GWH 27 november 2014 (170/2014).

Het is derhalve onzeker dat de jurisprudentiële doctrine met betrekking tot zgn. onherroepelijk vastgestelde rechten en de eerbiedigende werking van de nieuwe wet, met die grondwettelijke beginselen verenigbaar zijn⁵³.

Het Grondwettelijk Hof aanvaardt dat op zijn uitgangspunt uitzonderingen bestaan. Zij hebben betrekking op de retroactieve wet en op de gebeurlijke vereiste van een overgangsregeling, waardoor de onmiddellijke werking van de nieuwe wet wordt verzacht⁵⁴. In beginsel, moet de terugwerkende kracht van een wet worden verantwoord door de wetgever: hij moet aantonen dat de retroactiviteit onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang⁵⁵. Hierbij is vanzelfsprekend aan te tekenen dat de onontbeerlijkheid én de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang zijn te bepalen in het licht van de betekenis, die uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt. Het komt dus niet aan de rechterlijke macht toe om de “verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang” te vervangen door haar (heterogene) invulling van het algemeen belang. Zo het wetsvoorstel de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof wil overnemen, moet het volledige criterium van dit hof artikel 1.2 blijken.

3.3 De onmiddellijke werking van de nieuwe wet. De tweede alinea van artikel 1.2 herneemt de rechtspraak van het Hof van Cassatie dat een nieuwe wet, behoudens andersluidende bepaling, niet alleen van toepassing is op situaties die na haar inwerkingtreding zijn ontstaan, maar ook op de toekomstige gevolgen van onder de vroegere wet ontstane situaties die zich voordoen of voortduren onder de nieuwe wet, voor zover dit geen afbreuk doet aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten.⁵⁶ “*In cauda venenum est*”: de nieuwe wet wordt derhalve niet toegepast op de toekomstige gevolgen van onder de vroegere wet ontstane situaties die zich voordoen of voortduren onder de nieuwe wet wanneer zij betrekking hebben op “reeds onherroepelijk vastgestelde rechten”. Noch in het voorstel van wettekst, noch in de toelichting wordt bepaald wanneer een “recht” reeds onherroepelijk werd vastgesteld.

⁵³ Zie hierna de randnummers. 3.3, 3.4 en 3.5.

⁵⁴ Wanneer de nieuwe wet (met terugwerkende kracht of zonder overgangsregeling) weinig of niets aan de eerder bestaande toestand toevoegt of, gelet op de zich voordoende omstandigheden, voor de betrokkenen voorzienbaar was, neemt het GWH daaraan geen aanstoot (o.m. GWH 18 januari 2018 (7/2018); GWH 9 februari 2017 (15/2017); GWH 8 december 2006 (156/2006): op de uitzonderingen bestaan dus andere uitzonderingen.

⁵⁵ O.m. GWH 19 juli 2018 (100/2018); GWH 26 april 2018 (51/2018); GWH 9 februari 2017 (15/2017).

⁵⁶ Zie o.m. Cass. 27 september 2018, AR C.16.0346.F. Cass. 5 juni 2014, AR C.13.0434.N.; Cass. 21 februari 2014, AR C.13.0277.F; Cass. 16 september 2013, AR C.12.0032.F.

Bovendien komt die jurisprudentiële regel neer op de beknotting van de grondwettelijke bevoegdheid van de wetgever om zijn beleid te wijzigen, ook wanneer aldus “reeds onherroepelijk vastgestelde rechten” worden geraakt. De ingreep van de wetgever zal weliswaar het eigendomsrecht van de titularis van het “onherroepelijk vastgesteld recht” beperken, maar het eigendomsrecht kan nu eenmaal, in het algemeen belang, door de wetgever worden beperkt (artikel 1 Eerste Aanvullend Protocol)⁵⁷. Het strijdt met de Grondwet en het EVRM dat reeds onherroepelijk vastgestelde rechten per definitie “aan de onmiddellijke werking van de nieuwe wet zou ontsnappen. De uitzondering die wordt gemaakt voor “reeds onherroepelijk vastgestelde rechten” moet derhalve worden geschrapt.

3.4 De eerbiedigende werking van de nieuwe wet. De derde alinea bevat de tweede – jurisprudentiële – uitzondering op de onmiddellijke werking van de nieuwe wet. Ook wanneer er nog geen sprake is van “reeds onherroepelijk vastgestelde rechten” beslist het Hof van Cassatie dat de oude wet van toepassing blijft op contracten gesloten onder deze wet, tenzij de nieuwe wet van openbare orde of dwingend recht is of de toepassing ervan bepaalt op lopende contracten.⁵⁸ Tevens zou de geldigheid van het contract, volgens de voorgestelde wettekst beheerst blijven door de wet die van toepassing was op het ogenblik van zijn totstandkoming. Ook deze regel is een overname van de rechtspraak van het Hof van Cassatie⁵⁹. De opstellers verantwoordden de zgn. eerbiedigende werking door “de bescherming van de rechtszekerheid van de contractspartijen”⁶⁰. Zij menen dat “*deze [erop] mochten (...) vertrouwen dat de inhoud van hetgeen zij waren overeengekomen niet wordt doorkruist door nieuwe wetgeving*”⁶¹. Zij gaan evenwel niet in op het verschil in behandeling dat door die rechtspraak in het leven wordt geroepen tussen contractspartijen en de personen die hun rechtstoestand door een rechtshandeling of een eenzijdige wilsuiking regelen die geen contract zijn. Zij besteden evenmin aandacht aan het feit dat de nieuwe wet de rechtstoestand van een contractspartij kan verbeteren. Kortom de derde alinea wordt niet verantwoord in het licht van de artikelen 10 en 11 Grondwet.

⁵⁷ En de uitvoerige rechtspraak desbetreffend van het GWH en van het EHRM.

⁵⁸ Zie o.m. Cass. 5 september 2019 AR C.18.04; Cass. 27 september 2018, AR C.16.0346.F.

⁵⁹ Zie o.m. 5 september 2019, AR C.18.0284.N.; Cass. 15 september 2005, AR C.04.0345.N.

⁶⁰ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001-033, p. 9.

⁶¹ *Ibidem*.

Als terminologie voldoet de zgn. eerbiedigende werking van de nieuwe wet geenszins: zij draait immers de rollen om. In een democratische rechtsstaat moet de wet niet de contracten eerbiedigen, maar moeten de contracten de wet eerbiedigen. De bewering als zouden de contractspartijen erop mogen vertrouwen dat de inhoud van wat zij waren overeengekomen niet door nieuwe wetgeving wordt doorkruist, komt erop neer dat zij een, onbegrensd, recht zouden hebben op ongewijzigd wettelijk beleid.

Dat botst niet enkel met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, maar ook met de democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels die uit de Grondwet en het EVRM blijken. Ook de derde alinea verdwijnt dus best uit artikel 1.2.

3.5 De uitzonderingen op de zgn. eerbiedigende werking. Onder dit voorbehoud, zou de nieuwe wet is toch onmiddellijk van toepassing zijn op contracten gesloten onder een oude wet, wanneer de nieuwe wet van openbare orde of dwingend recht is of de toepassing ervan bepaalt op lopende contracten⁶². Door die rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt de wetgever verplicht om uitdrukkelijk te bepalen dat de nieuwe wet op lopende contracten toepasselijk is, dan wel dat zij van openbare orde of van dwingend recht is.

Wanneer de wetgever, om welke reden ook, nalaat die preciseringen in de nieuwe, gebiedende of verbiedende wet op te nemen, is de wet – volgens de rechtspraak– ertoe gehouden de lopende contracten te eerbiedigen. Die betutteling door de rechtspraak van de wetgevende macht strijdt andermaal met de Grondwet en het EVRM⁶³. Het komt niet aan de rechterlijke macht toe om, zelfs onrechtstreeks, aan de wetgever instructies te geven met betrekking tot de wijze waarop wetten worden geformuleerd. Wanneer de wetgever een gebod of verbod oplegt, zonder aan de rechtsonderhorigen de mogelijkheid te geven op enige manier van het wettelijke gebod of verbod af te wijken, kan niet ernstig worden betwist dat de wet van openbare orde is⁶⁴. De afwezigheid van afwijkingsmogelijkheid kenmerkt immers de wet van openbare orde⁶⁵. Daaruit blijkt de wil van wetgever dat de wet onder alle omstandigheden wordt nageleefd; hij moet daar verder geen woorden aan verspillen. Sinds

⁶² In de “logica” van het voorstel op voorwaarde dat het niet gaat over “reeds onherroepelijk vastgestelde (contractuele) rechten” die door de tweede alinea worden beheerst.

⁶³ Om de redenen reeds toegelicht in randnummer 3.3.

⁶⁴ Zij is van dwingend recht, wanneer de wetgever bepaalt dat afwijking mogelijk is wanneer de, door hem beschermde persoon zich effectief in de beschermde toestand bevindt én beslist afstand van de – verworven – bescherming te doen.

⁶⁵ Zoals de wet van dwingend recht wordt gekenmerkt door de mogelijkheid, bepaald door de wetgever, om onder welbepaalde voorwaarden, eveneens door de wetgever bepaald, van de wet af te wijken.

het reeds geciteerde arrest van 9 december 1948⁶⁶ weigert het Hof van Cassatie zich evenwel bij de wil van de wetgever neer te leggen. Het Hof van Cassatie houdt zich, in laatste instantie, het recht voor om, met een onbestaande of schaarse motivering, te beslissen of een wet van openbare orde of van dwingend recht is⁶⁷, ook wanneer de wet geen enkele afwijkingsmogelijkheid voorschrijft.

Dat alles komt erop neer dat het Hof van Cassatie, uiteindelijk, het toepassingsgebied van de wet⁶⁸ bepaalt. De afwezigheid van een, door de wetgever omschreven afwijkingsmogelijkheid, belet niet dat het Hof van Cassatie zich, eenzijdig en op eigen kracht, het recht toe-eigent te beslissen dat de wet niet van openbare orde is⁶⁹. Door die beslissing, roept het Hof van Cassatie afwijkingsmogelijkheden in het leven die de wetgever niet voorzag⁷⁰ en wordt het toepassingsgebied van de wet⁷¹ vernauwd.

Het is dan ook geen toeval dat noch in de voorgestelde wettekst, noch in de toelichting wordt bepaald, wanneer een wet van openbare orde of van dwingend recht is. Die beslissing, die volgens de Grondwet exclusief aan de wetgever toekomt, wil de rechtspraak, en het Hof van Cassatie in het bijzonder, zich blijven voorbehouden. Een definitie van de wet van openbare orde of van dwingend recht kan slechts roet in het jurisprudentiële eten gooien. De eerbiedigende werking (artikel 1.2, derde alinea) nodigt de wetgever uit om zich grondwettelijke bevoegdheden te laten ontfutselen en daarmee in te stemmen. Zelfs als de wetgever daarmee zou willen instemmen, is daartoe een grondwetsherziening nodig. In afwachting daarvan, moet de derde alinea van artikel 1.2 worden geschrapt.

3.6 Een ongenode uitzondering op de uitzonderingen? De laatste zin van de derde alinea van artikel 1.2⁷² suggereert dat de eerbiedigende werking zich doorzet (dus de oude wet blijft gelden) ook wanneer de nieuwe wet de toepassing ervan op lopende contracten voorschrijft, dan wel (jurisprudentieel) van openbare orde of van dwingend recht is te achten, wanneer die nieuwe wet betrekking heeft op de geldigheid van het contract. Met andere woorden, zo de

⁶⁶ Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699.

⁶⁷ Zie o.m. niet Cass. 14 mei 2018, C.16.0145.F; Cass. 5 maart 2012, C.11.0107.F; wel Cass. 3 februari 2017, C.16.0177.N; Cass. 15 februari 2016, C.14.0448.F.

⁶⁸ En derhalve ook de zgn. eerbiedigende werking van de nieuwe wet.

⁶⁹ Zodat zij een dwingende, dan wel een wilsaanvullende wet wordt.

⁷⁰ En daardoor uitsloot.

⁷¹ Ten gunste van de wilsautonomie.

⁷² "De geldigheid van het contract blijft evenwel beheerst door de wet die van toepassing was op het ogenblik van zijn totstandkoming".

nieuwe wet van toepassing wordt verklaard voor lopende contracten, dan kan die toepassing toch niet gelden voor wat betreft de geldigheid van het contract. Deze ontsnapt altijd aan de toepassing van de nieuwe wet. In de toelichting luidt de boodschap enigszins anders: met verwijzing naar vier arresten van het Hof van Cassatie, wordt vermeld dat het ontstaan en de vereisten voor de geldigheid van een contract uitsluitend worden beoordeeld door de wet die toen van kracht was. Onder het voorbehoud dat uit randnummers 3.3, 3.4 en 3.5 blijkt, is die regel, behoudens vergissing, niet terug te vinden in de arresten, vermeld in de toelichting.

Het arrest van 18 maart 2011⁷³ behandelt de werking in de tijd van artikel 1690 oud BW dat de tegenwerpbaarheid aan derden van de overdracht van schuldvordering betreft. Het Hof van Cassatie komt tot het besluit dat de eerbiedigende werking niet geldt wanneer het gaat om de toepassing van regels die de tegenwerpbaarheid aan derden betreffen. De nieuwe wet is volgens het Hof van Cassatie meteen van toepassing op dit rechtsgevolg van de overeenkomst tot overdracht van schuldvordering, zelfs als de wet dit niet uitdrukkelijk bepaalt of de wet niet van openbare orde of van dwingend recht is. Het ontstaan, de vereisten voor de geldigheid van een contract en zijn tegenwerpbaarheid aan derden zijn verschillende juridische concepten.

Het tweede aangehaalde arrest van 28 februari 2003⁷⁴, betreft de interpretatie van artikel 29 van de wet van 13 april 1995 betreffende de handelsagentuurovereenkomst, dat een regeling bevatte inzake de werking in de tijd van deze wet. Het Hof van Cassatie⁷⁵ stelt vast dat het niet de bedoeling was van de wetgever de geldigheid van vroegere agentuurovereenkomsten volgens de nieuwe normen te laten beoordelen, wat het Hof van Cassatie derhalve niet als mogelijkheid uitsloot.

In het arrest van 17 december 2004⁷⁶ komt daarentegen wel de overweging voor dat *“de geldigheid van de overeenkomst (...) dient beoordeeld te worden op grond van de op het ogenblik van het totstandkomen ervan toepasselijke wet”*. Het bestreden arrest werd vernietigd vnl. op grond van een zgn. algemeen rechtsbeginsel dat de wetten geen terugwerkende kracht hebben omdat de geldigheid van huurovereenkomsten van munttelefoons werd beoordeeld op grond van wetten die pas later in werking traden. Uit het voorgestelde artikel 1.2 blijkt echter dat er, in het Belgische recht, geen algemeen

⁷³ Cass. 18 maart 2011, C.10.0015.N.

⁷⁴ Cass. 28 februari 2003, C.00.0603.N.

⁷⁵ Weliswaar eenzijdig en eigenzinnig, zonder verwijzing naar enig parlementair stuk.

⁷⁶ Cass. 17 september 2004, C.02.0282.N.

rechtsbeginsel bestaat (en heeft bestaan) dat wetten geen terugwerkende kracht kunnen hebben.

Het arrest van 15 september 2005⁷⁷ schenkt klaardere wijn: het herhaalt dat de geldigheid van de overeenkomst moet beoordeeld worden op grond van de, op het ogenblik van het totstandkomen ervan, toepasselijke wet. Daarnaast verduidelijkt het Hof van Cassatie dat de zgn. eerbiedigende werking⁷⁸ enkel rechtsgevolgen van lopende overeenkomsten betreft. Een vereiste die bepaalt of de rechtsgevolgen van de overeenkomst uitwerking krijgt en derhalve de rechtskracht van de wijzigings-akte regelt, valt hier volgens het Hof van Cassatie niet onder. Uit die vier arresten blijkt, min of meer, dat het Hof van Cassatie aan de wetgever de mogelijkheid ontzegt om retroactief tot de ongeldigheid van overeenkomsten te besluiten. De geldigheid moet volgens het Hof van Cassatie, voor eens en altijd, op het moment van de totstandkoming van de overeenkomst worden beoordeeld krachtens de, op dat moment toepasselijke wet. De nieuwe wet kan enkel betrekking hebben, zo onderwijst het Hof, op de rechtsgevolgen van lopende overeenkomsten wanneer zij van openbare orde of van dwingend recht is⁷⁹ of uitdrukkelijk⁸⁰ de toepassing op lopende overeenkomsten voorschrijft.

Vermits de overeenkomst een bron van verbintenissen en vorderingsrechten is, is met die rechtspraak geen man overboord. De wetgever kan, bijvoorbeeld, met de nieuwe wet uitwerking ontzeggen aan de rechtsgevolgen van lopende overeenkomsten⁸¹. Toch blijft het verantwoord de vraag te stellen hoe het Hof van Cassatie en de opstellers verantwoord dat aan de wetgever wordt verboden met een retroactieve wet in de rechtsgeldigheid van eerder gesloten overeenkomsten tussen te komen wanneer zulks, in een democratische samenleving, onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang⁸²? Wat er ook van weze, de tweede zin van de derde alinea van artikel 1.2 is niet enkel volstrekt overbodig, ze zet bovendien de rechtsonderhorige op het verkeerde been. Ook die zin kan dus beter worden geschrapt.

3.7 Artikel 1.2, tweede en derde alinea zijn overbodig. Uit de toelichting bij artikel 1.2. blijkt dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake de toepassing van de wet in de tijd

⁷⁷ Cass. 15 september 2005, C.04.0345.N.

⁷⁸ En hetzelfde geldt m.b.t. de zgn. onmiddellijke werking.

⁷⁹ Die beoordeling zou, volgens het Hof, aan de rechtspraak en, uiteindelijk, aan het Hof van Cassatie toekomen.

⁸⁰ Waarover andermaal de rechtspraak en het Hof van Cassatie het laatste woord hebben.

⁸¹ Waardoor de, – al dan niet geldigheid van de overeenkomst irrelevant wordt.

⁸² Zie hiervoor randnummer 3.2.

er is gekomen om de leemte op te vullen die ontstaat wanneer de wetgever nagelaten heeft overgangsbepalingen te bepalen, want *“wanneer die ontbreken, rijst de problematiek van de wetsconflicten in de tijd of van het intertemporeel recht die door de rechter moet worden opgelost”*.⁸³ Volgens de opstellers moeten er voor die gevallen richtlijnen worden gegeven aan de rechters⁸⁴. De vraag is echter of er dan wel een leemte is. Artikel 2 oud BW bevat immers een simpele regeling: de wet werkt niet terug in de tijd, maar dus (*a contrario*) wel voor de toekomst en dat in alle gevallen. Dat een wet anders kan bepalen, volgt uit het feit dat een wet (met kracht van wet) een andere wet (met kracht van wet) terzijde kan schuiven, wat strookt met de hogervermelde overweging dat niemand recht heeft op een ongewijzigd beleid.

De opname in de wettekst van daarop betrekking hebbende rechtsregels dient niet enkel als richtlijn voor de rechters, maar is vooral een richtlijn voor de burgers. Alle belanghebbenden hebben baat bij begrijpbare en preciese regels die de wetgever moet toepassen wanneer hij nieuwe wetgeving uitvaardigt. Het kan daarom volstaan in artikel 1.1. te bepalen dat de wet voor de toekomst beschikt, onmiddellijk van toepassing is tenzij de wet anders beschikt en geen terugwerkende kracht heeft tenzij de wetgever aantoont dat de retroactiviteit onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang.

Op die manier sluit artikel 1.2. aan op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en op de beginselen van de Grondwet en van het EVRM die eraan ten grondslag liggen. De formulering dekt eveneens de – onder omstandigheden – noodzakelijke overgangsregeling die de wet moet voorschrijven.

Artikel 1.2. blijft wel nog steeds een bepaling van het Burgerlijk Wetboek, maar het - impliciete – verband dat met de Grondwet en het EVRM wordt gelegd, maakt duidelijk dat de bepaling niet vrijblijvend is voor de wetgever.

3.8 Jurisprudentiële ommekeer. Doordat de jurisprudentiële rechtsregel in het voorstel tussen de plooiën valt⁸⁵, gaat de voorgestelde tekst niet in op de toepassing in de tijd van de jurisprudentiële rechtsregel. Het is geenszins uitzonderlijk dat de rechtspraak, in het bijzonder van het Hof van Cassatie, uitdrukkelijk of stilzwijgend, een andere weg inslaat (“omgaat”). In

⁸³ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021, 55-1805/001*, p. 8.

⁸⁴ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021, 55-1805/001*, p. 8-9.

⁸⁵ Ze geldt immers niet als bron van recht (artikel 1.1).

de nietigheidsleer⁸⁶ zijn daarvan tijdens het laatste decenium meerdere spectaculaire voorbeelden aan te wijzen⁸⁷. In die korte periode heeft het Hof van Cassatie het klassieke onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid ongeveer naar de geschiedenisboeken verwezen o.m. door de gedeeltelijke/partiële nietigheid of de remediëring van de nietigheid te aanvaarden, dan wel door te beslissen dat een ongeoorloofd contract niet noodzakelijk nietig is⁸⁸. Van die rechtspraak was tussen 1830 en 2010 geen spoor te vinden. De ommekeer blijkt zich “geruisloos” (?) te hebben voorgedaan. Vermits de onderliggende rechtsregels ongewijzigd bleven, zijn er slechts twee mogelijke verklaringen: ofwel vergiste het Hof van Cassatie zich grandioos tussen 1830 en ± 2010, ofwel begaf het Hof zich vanaf toen op een verkeerd spoor.

Deze bespreking is niet de plaats om daarop dieper in te gaan. Niettemin rijst de vraag of een ommekeer in de rechtspraak van het Hof van Cassatie niet aan dezelfde regels inzake de toepassing in de tijd als een beleidswijziging door de wetgever moet worden onderworpen. Vanuit het perspectief van de rechtsonderhorigen en van de artikelen 10 en 11 Grondwet lijkt het niet te verantwoorden dat het Hof van Cassatie naar eigen inzichten kan omgaan en nieuwe jurisprudentiële regels retroactief kan toepassen zonder te verantwoorden dat deze retroactieve toepassing onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang, zoals bepaald door de wetgever⁸⁹

Overigens is erop te wijzen dat de rechtspraak bij wijziging geen acht slaat op de “reeds onherroepelijk verworven rechten” en evenmin de contractuele rechten eerbiedigt die ontstonden voor de rechtspraakwijziging. Dat verschil in behandeling strijdt manifest met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, waaraan met een, aan te passen artikel 1.2 een einde moet komen.

⁸⁶ Van toepassing op rechtshandelingen en overeenkomsten in het bijzonder. Zie over deze evolutie o.a. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht, Handboek voor nu en straks*, Intersentia, 2021, p. 499 e.v.

⁸⁷ Maar het verschijnsel is geenszins tot de nietigheidsleer beperkt.

⁸⁸ De – betwistbare – neerslag van dat alles is aan te treffen in het voorstel van Boek 5 (verbintenissen), zoals hierna wordt besproken.

⁸⁹ De bepaling van de doelstelling van algemeen belang is, grondwettelijk, aan de wetgever voorbehouden.

4.- De rechtshandeling

4.a.- Rechtshandelingen en rechtsfeiten : één pot nat?

4.1 Rechtshandeling - Artikel 1.3. Volgens de eerste alinea van dit artikel is de rechtshandeling een wilsuïting, waarbij een of meer personen de bedoeling hebben om rechtsgevolgen te doen ontstaan.

De tweede alinea zet in met een opmerkelijke zin: *“Er kan niet worden afgeweken van de openbare orde”* om daaruit zgn. af te leiden *“bijgevolg moet elke rechtshandeling een geoorloofd voorwerp en geoorloofde oorzaak hebben”*. De toelichting bij dit artikel is voornamelijk aan de tweede alinea gewijd, wat het belang van het onderscheid tussen rechtshandelingen en rechtsfeiten onderschat.

Volgens de opstellers van het voorgestelde Boek I zou met de eerste alinea van artikel 1.3 alles over de rechtshandeling zijn gezegd omdat zij, naar eigen zeggen, *“de algemeen aanvaarde definitie van de rechtshandeling”* zouden hebben hernomen⁹⁰. Die bewering staven ze echter met geen enkele bron.

Zij benadrukken dat in de rechtshandeling twee elementen besloten liggen: een wilsuïting en de bedoeling om rechtsgevolgen te doen ontstaan.⁹¹

4.2 Wilsuïting en de bedoeling om rechtsgevolgen te doen ontstaan. De wilsuïting is een centraal element in de definitie die de opstellers vooruitschuiven. Op grond van de titel van artikel 1.4 ‘wilsuïting’ wordt bij de lezer de verwachting geschapen dat in artikel 1.4. duidelijk wordt gemaakt wat een wilsuïting precies is. Dit artikel geeft evenwel enkel aan dat de wilsuïting uitdrukkelijk of stilzwijgend en mededelingsplichtig kan zijn. Daarmee weet de lezer dus nog niet wat nodig is om van een wilsuïting en derhalve van een rechtshandeling te spreken.

Zoals het woord aangeeft, veronderstelt de rechtshandeling een handeling, een gedraging. Een rechtshandeling veronderstelt een gedraging waarmee, uitdrukkelijk of stilzwijgend, de wil wordt vertolkt om een welbepaald doel in de juridische sfeer te bereiken.

⁹⁰ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 10.

⁹¹ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p.10.

Mochten de wilsuïting en de loutere bedoeling om rechtsgevolgen te doen ontstaan, volstaan om van een rechtshandeling te gewagen, dan zouden tal van rechtsfeiten voortaan als rechtshandelingen zijn te behandelen. Het (algemeen en bijzonder) opzet dat bijv. een misdrijf vergezelt, impliceert de wil om dit misdrijf te plegen en de bedoeling om zich, tijdelijk of definitief, andermans zelfbeschikking of goederen toe te eigenen. De omstandigheid dat de wilsuïting van de auteur van dit misdrijf en de rechtsgevolgen die hij (m/v/x) beoogt te doen ontstaan, onrechtmatig zijn⁹², neemt niet weg dat hij (m/v/x) handelt op grond van wilsuïtingen en de bedoeling heeft rechtsgevolgen te doen ontstaan.

Aanhangers van zelfbeschikking en wilsautonomie krijgen dit moeilijk over de lippen, maar⁹³ de wilsuïting en de enkele bedoeling om rechtsgevolgen te doen ontstaan, zijn ontoereikend om van rechtshandelingen te spreken. De gedragingen, gestuurd door de wilsuïting en door de bedoeling om rechtsgevolgen te doen ontstaan, zullen de beoogde rechtsgevolgen maar tot stand kunnen brengen wanneer zij beantwoorden aan wetten of jurisprudentiële rechtsregels, die de gewenste rechtsgevolgen aan de wilsuïting en de daardoor bepaalde (rechts)handeling verbinden. Gedragingen worden slechts als rechtshandeling gevalideerd wanneer en in de mate dat zij aan die rechtsregels beantwoorden. Het is enkel dan dat ze in rechte erkend worden en afdwingbaar zijn.

Wat van een gedraging een rechtshandeling maakt, is derhalve de omstandigheid dat een persoon zodanig handelt dat hij (m/v/x) zich in het toepassingsgebied plaatst van een wet of jurisprudentiële rechtsregel en dus - uitdrukkelijk of stilzwijgend - de wil uit om de rechtsgevolgen die specifiek aan die wet of jurisprudentiële rechtsregel zijn gekoppeld te verkrijgen dan wel te ondergaan.

Anders gesteld: de wilsuïting is één van de elementen die nodig is opdat er sprake kan zijn van een rechtshandeling. Maar op zich is de wilsuïting onvoldoende want er moet ook een handeling zijn waardoor de toepassingsvoorwaarden van de wet of de jurisprudentiële rechtsregel worden vervuld, en die de, door de wilsuïting beoogde rechtsgevolgen verwezenlijkt. Er zijn dus drie elementen vereist om van een rechtshandeling te spreken: 1) een handeling, 2) de wil of de bedoeling van de betrokkene om rechtsgevolgen te doen

⁹² Omdat zij met rechtsregels strijden.

⁹³ Ongeacht het politieke regime (monarchie, aristocratie, theocratie, oligarchie, communisme ...).

ontstaan, die de handeling bepaalt heeft en 3) een rechtsregel waarvan de toepassingsvoorwaarden, door die handeling, vervuld geraken en de beoogde rechtsgevolgen intreden. Het is op het vlak van het tweede punt dat de rechtshandeling zich onderscheidt van het rechtsfeit.

Een rechtsfeit berust ook op handelingen, op wilsuitingen en op rechtsregels, maar de rechtsgevolgen van de toepasselijke rechtsregels zijn niet gewenst of gewild door de persoon die handelt en zich daardoor in de toepassingsvoorwaarden van één of meerdere rechtsregels plaatst.

In de eerste alinea van artikel 1.3 is de voorgestelde omschrijving van de rechtshandeling dus onvolledig omdat de centrale rol van de rechtsregel daarin ontbreekt en onnauwkeurig omdat ze, door het ontbreken daarvan, ook voor tal van rechtsfeiten opgaat.

4.3 De rechtsfeiten. In het privaatrecht⁹⁴ doen er zich niet enkel rechtshandelingen, maar ook rechtsfeiten voor, waaraan door rechtsregels rechtsgevolgen worden verbonden. Het bereiken van een termijn, de verwezenlijking of het uitblijven van een voorwaarde, het rechtsmisbruik, het oogmerk om te schaden (zie de voorgestelde artikelen 1.6, 1.10 en 1.11) zijn voorbeelden van rechtsfeiten⁹⁵. In het kader van een rechtshandeling kunnen zich ook rechtsfeiten voordoen.

In de toelichting wordt niet verantwoord waarom de rechtshandeling in de algemene bepalingen werd omschreven, maar er met geen woord over het rechtsfeit wordt gerept. Is het omdat zulks later in de algemene bepalingen zal worden opgenomen of omdat de wet en de daaruit af te leiden jurisprudentiële rechtsregel ook bij rechtsfeiten de hoofdrol spelen? Rechtsfeiten verwijzen immers naar gebeurtenissen, toestanden, gedragingen ..., die al dan niet op wilsuitingen en op de bedoeling berusten om welbepaalde rechtsgevolgen te doen ontstaan en waaraan, krachtens daarop toepasselijke rechtsregels, rechtsgevolgen worden gehecht, die niet door de betrokkenen worden beoogd of, integendeel, anders worden gewenst. De dominantie van de rechtsregel is, in het kader van rechtsfeiten, nog groter dan reeds bij rechtshandelingen het geval is.

⁹⁴ Zoals dat ook in het publiekrecht het geval is.

⁹⁵ Het, in het verbintenissenrecht behandelde – contractuele en buitencontractuele – aansprakelijkheidsrecht is een ander welbekend voorbeeld.

4.4 “Er kan niet worden afgeweken van de openbare orde” orakelt de tweede alinea van artikel 1.3, zonder in te gaan op de betekenis die aan de openbare orde toekomt.

Deze bewering houdt geen steek. Er kan wel van de openbare orde worden afgeweken, maar dat gebeurt op eigen risico. De overtreder stelt zich bloot aan (nader te bepalen) risico's, die artikel 1.3 in het midden laat.

Waarom bevindt die eigenaardige zin zich overigens in artikel 1.3? De opstellers lichten dit als volgt toe: *“Geldt als uitgangspunt het beginsel van de wilsautonomie⁹⁶ op grond waarvan de particulieren hun onderlinge verhoudingen naar eigen goeddunken kunnen regelen, dan bepaalt de openbare orde de grenzen hiervan. Van openbare orde mag niet worden afgeweken”⁹⁷.*

Door te schrijven *“er kan niet worden afgeweken van de openbare orde”* bedoelen de opstellers derhalve dat van de openbare orde niet mag worden afgeweken. Waarom wordt dat niet, klaar en duidelijk, in het voorstel van wettekst gezegd?

4.5 “Er mag niet worden afgeweken van de openbare orde”. Weinigen zullen daaraan twijfelen: de regel geldt in de ons omringende landen en wordt impliciet hernomen zowel in de DCFR⁹⁸, als in de PECL⁹⁹.¹⁰⁰ Dat gezegd zijnde is die regel slechts voldoende toegankelijk en precies wanneer ook wordt bepaald wat het algemeen begrip “openbare orde” inhoudt en welke rechtsgevolgen aan de miskening ervan zijn verbonden, daarbij het onderscheid tussen rechtshandelingen en rechtsfeiten in acht nemend.

Zoals vermeld, hult het voorstel van wettekst zich daarover in stilzwijgen. In de toelichting zijn de opstellers spraakzamer. Zij spreken voornamelijk over contracten (hoewel het artikel waarop de toelichting slaat de ruimere notie rechtshandeling betreft)¹⁰¹ en over het, nieuw door het Hof van Cassatie uitgedachte regime¹⁰² dat toepasselijk is op ongeoorloofde overeenkomsten¹⁰³. Zij schrijven *“een overeenkomst in strijd met de openbare orde is*

⁹⁶ Het gaat met andere woorden om een hypothese vanwege de opstellers, waarvan ze – per definitie – niet zeker zijn, vermits zekerheid hun hypothese overbodig zou maken. Hun twijfel is overigens meer dan gerechtvaardigd.

⁹⁷ Daarna behandelt de toelichting de verhouding tussen de openbare orde en het contract (zie hierna).

⁹⁸ Draft Common Frame of Reference. Zie art. 7:301 en de erbij behorende uitgebreide toelichtende nota waarin wordt aangegeven dat de Europese rechtssystemen doorgaans deze regel kennen hoewel de gehanteerde terminologie verschilt.

⁹⁹ Principles of European Contract Law. Zie art. 15: 101.

¹⁰⁰ Zie I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, p. 205.

¹⁰¹ Een verschijningsvorm van rechtshandeling.

¹⁰² Sinds een decennium (zie hierna).

¹⁰³ De ongeoorlooftheid is o.m. het gevolg van de miskening van de algemene begrippen openbare orde en goede zeden.

ongeoorloofd en is bijgevolg nietig". Zij verwijzen naar de, volgens hen, "klassiek geworden definitie" van (de wet van) openbare orde die het Hof van Cassatie in zijn arrest van 9 december 1948¹⁰⁴ van DE PAGE¹⁰⁵ overnam en naar de nietigheid als sanctie van de miskennis van de openbare orde wat uit een arrest van het Hof van Cassatie van 4 september 2020¹⁰⁶ zou blijken.

Als die definitie en sanctie zo "klassiek" en zeker zijn, rijst vanzelfsprekend de vraag waarom zij niet in de voorgestelde wettekst zijn opgenomen, vermits - zo wordt in de toelichting gemeld - het voorstel tot doel heeft de rechtspraak op te nemen in de wettekst om de kenbaarheid van de regels te verbeteren. Gelet op de belangrijke gevolgen die worden gekoppeld aan de miskennis van de openbare orde (de nietigheid, volgens de opstellers) is het niet te verantwoorden dat er geen omschrijving van de openbare orde en van de sanctie bij miskennis in de wet wordt opgenomen¹⁰⁷.

4.b.- Weg met de wettelijke openbare orde, leve de jurisprudentiële openbare orde!

4.6 De recente geschiedenis van de openbare orde. Zowel voor de opstellers van het Burgerlijk Wetboek in 1804¹⁰⁸, als voor LAURENT, de vooraanstaande 19^e eeuwse privatist¹⁰⁹, waren de wet en de openbare orde kernbegrippen. Zij lieten er niet de minste twijfel over bestaan dat de openbare orde verwijst naar de ordening door de wetgever van het samenlevingsverband, die door de toepassing van de uitgevaardigde wetten wordt bereikt. Wetten, het verzekeren van hun naleving en openbare orde gaan hand in hand: het zijn communicerende vaten. Daarom staat artikel 2 (voormalig artikel 6) oud BW centraal in hun analyse: aan de wetten die de openbare en de goede zeden betreffen, kan door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk worden gedaan.

¹⁰⁴ Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699.

¹⁰⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1962, 111, nr. 91 (de eerste editie dateert van het interbellum)

¹⁰⁶ Cass. 4 september 2020, C.19.0613.N.

¹⁰⁷ Zie ook I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, p. 34-35: "Het behoort in een rechtsstaat tot de essentie van een regel dat er ofwel van kan worden afgeweken (default rule) of dat er niet van kan worden afgeweken (mandatory rule). Het Wetsvoorstel verbintenissen vergroot in dat opzicht niet de toegankelijkheid van het verbintenissenrecht voor de burger. Dat het wenselijk is te weten of een regel al dan niet suppletief is, staat buiten kijf in een rechtsstaat. Dat het niet haalbaar zou zijn om het suppletieve karakter aan te duiden, is evenmin aanvaardbaar voor een rechtsregel die naam waardig."

¹⁰⁸ Zie o.m. de tussenkomsten van PORTALIS tijdens de voorbereidende werken, hernomen door LOCRÉ, *Legislation civile, commerciale et criminelle*, I, Brussel, Tarlier, 1836, 263 en 306.

¹⁰⁹ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, I, Brussel, Bruylant, 1876, 66-108.

Tot het disruptieve arrest van 9 december 1948 werd die mening (*dura lex sed lex*) ook door het Hof van Cassatie gedeeld. Daarbij is te bedenken dat de 19^e en vroeg 20^e eeuwse samenleving oligarchisch en plutocratisch was, zonder enige democratische verantwoording of onderbouw¹¹⁰. De wetten, hun toepassing en, derhalve, de openbare orde waren het werk van een elitaire minderheid¹¹¹ die de politieke, economische, financiële en intellectuele macht controleerde en aanwendde om de eigen belangen¹¹² maximaal te bevorderen. Het economische liberalisme was daarvoor de bakermat¹¹³ en werd door de juristen¹¹⁴ feilloos door wetten en daaruit afgeleide jurisprudentiële regels in het privaatrecht omgezet.

Het artikel 2 (voormalig artikel 6) oud BW beschermde in die context het elitaire minderheidsbelang dat aan de basis van de wetten en de openbare orde lag, tegen al te voortvarende en hebzuchtige leden van de minderheid die de wetten en de openbare orde aan hun private belangen ondergeschikt wilden maken. Het economisch liberalisme gestuurd door de elitaire minderheid leidde tot de zgn. *belle époque* en een nooit eerder geziene vermogensaccumulatie en -concentratie ten voordele van die minderheid ... en armoede “voor de anderen”. De daaropvolgende implosies die zich in de eerste helft van de 20^e eeuw voordeden, waren daaraan niet vreemd¹¹⁵.

Toen de democratische kanteling zich na de eerste wereldoorlog inzette¹¹⁶, smolt het staalharde vertrouwen van de juristen in de wet en de openbare orde als sneeuw voor de zon. De elitaire minderheid verloor immers de controle over de politieke macht, over de wetten, over de openbare orde... Het ergste werd verwacht¹¹⁷.

DE PAGE¹¹⁸ behoorde tot de eersten die de ontevredenheid met die politieke gang van zaken op papier zette en een tegenoffensief inzette. Zonder de minste toelichting¹¹⁹, voerde hij artikel 6 (thans 2) oud BW af, zoals ook met het algemene begrip “openbare orde” gebeurde. Hij waagde zich wel aan een “definitie” van de wet van openbare orde, waarvan hijzelf meteen

¹¹⁰ Geen algemeen, enkelvoudig stemrecht; geen grond- en mensenrechten; geen publiek toegankelijke gezondheidszorg, onderwijs of zelfbeschikking ...

¹¹¹ Van ongeveer 5% van de bevolking; zie T. PIKETY, *Capital et idéologie*, Parijs, Seuil, 2019.

¹¹² In een economisch en financieel kader dat door de exploitatie van de kolonisatie en de industrialisering werd gekenmerkt en gestuurd.

¹¹³ Zoals H. DE PAGE, *Traité*, I, o.c., 10, nr. 90) uitdrukkelijk erkende.

¹¹⁴ Die, als zeldzame geschoolden, tot de elitaire minderheid behoorden.

¹¹⁵ Zie o.m. B. VAN BAVEL, *The invisible hand. How market economies have emerged and declined since AD 500*, Oxford, University Press, 2016, 208-287.

¹¹⁶ Met de toekenning van het algemeen, enkelvoudig en verplicht stemrecht aan (meerderjarige) mannen.

¹¹⁷ Dat zich inderdaad heeft voorgedaan, op de plaatsen waar de kanteling niet door de democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels werd beheerst.

¹¹⁸ Magistraat en hoogleraar in het privaatrecht.

¹¹⁹ Er is geen enkele verwijzing naar de voorbereidende werken van het oud Burgerlijk Wetboek of naar F. LAURENT op het vlak van artikel 6 oud BW, van het algemene begrip openbare orde of van het verband tussen de openbare orde en de wet, terwijl hij die bronnen op zijn duimpje kende.

benadrukte dat zij nietszeggend en ontoereikend is¹²⁰. Zijn voorstel bestond er dan ook in dat de rechter, wetsbepaling per wetsbepaling, het openbare orde-karakter zou beoordelen.

Het Hof van Cassatie heeft die “definitie” van de wet van openbare orde¹²¹ met zijn arrest van 9 december 1948¹²² overgenomen. Meteen de daad bij het woord voegend en de raad van DE PAGE volgend, heeft het Hof van Cassatie in dat arrest, op eigen gezag en zonder naar de bedoeling van de wetgever te verwijzen, beslist dat de, in die zaak relevante wetsbepaling niet van openbare orde maar van dwingend recht was. Die benadering is het Hof van Cassatie sindsdien trouw gebleven: zonder zich om de bedoeling van de wetgever te bekommeren bepaalt het Hof dat een wetsbepaling van openbare orde, dan wel van dwingend recht of louter wilsaanvullend is, telkens wanneer de wettekst zich daarover, althans volgens het Hof van Cassatie, niet uitspreekt¹²³.

4.7 Wat artikel 1.3 van de openbare orde maakt. Artikel 1.3 erkent het bestaan en de afdwingbaarheid van het algemene begrip “openbare orde”¹²⁴, vermits afwijking ervan verboden is¹²⁵. Hoewel de opstellers spreken van een zgn. “klassiek geworden definitie”¹²⁶ hebben ze die, zoals vermeld, niet in artikel 1.3 opgenomen.

Het is inderdaad een gewaagde onderneming een (zogn. klassieke) definitie in de wettekst op te nemen, waarvan de auteur, overigens terecht, het onbevredigend karakter is blijven benadrukken¹²⁷. De openbare orde omschrijven als de essentiële belangen van de Staat, van de gewesten en gemeenschappen¹²⁸ of, in het privaatrecht, als de juridische grondslagen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust, is immers om moeilijkheden vragen. Het lokt meteen een regen van vragen uit: is het mogelijk dat de Staat, de gewesten, de gemeenschappen, de collectiviteit, gelet op hun grondwettelijke opdrachten, niet-essentiële belangen hebben?; hoe kan, in voorkomend geval, een essentieel belang van

¹²⁰ H. DE PAGE, *Traité*, I, o.c., 111, nr. 91.

¹²¹ Veel later (Cass. 13 december 2016, P. 16.0421.N) tot het algemene begrip “openbare orde” uitgebreid.

¹²² Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699, *RCJB* 1954, 251 met noot DE HARVEN.

¹²³ Terwijl de wetgever dat wel doet, nl. door geen afwijkingsmogelijkheid in de wet op te nemen.

¹²⁴ Er wordt inderdaad, anders dan nu het geval is niet meer gesproken van “de wetten die de openbare orde of de goede zeden betreffen”, maar in het algemeen van openbare orde.

¹²⁵ Wat H. DE PAGE nooit over de lippen kreeg, maar het Hof van Cassatie steeds heeft aanvaard, onder het voorbehoud dat het Hof zich het recht voorbehoudt te bepalen wanneer “iets” de openbare orde aanbelangt.

¹²⁶ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001-033, p. 11.

¹²⁷ Ook nadat het Hof van Cassatie zijn “definitie” had overgenomen, bleef H. DE PAGE erbij dat zij niet voldeed.

¹²⁸ H. DE PAGE sprak uiteraard niet over de, in zijn tijd onbestaande gewesten en gemeenschappen, hij verwees naar de “essentiële belangen van de Staat of van de collectiviteit”. In tegenstelling tot het Hof van Cassatie, laten de opstellers de verwijzing naar de collectiviteit weg.

de Staat, de gemeenschap, het gewest of de collectiviteit van een niet-essentieel belang worden onderscheiden?; werken de essentiële belangen van de Staat, de gemeenschap, het gewest of de collectiviteit niet door in het privaatrecht?; hoe wordt zulks, gebeurlijk, verantwoord?; welke economische of morele orde wordt beoogd?; waarom wordt in het privaatrecht enkel de economische of morele orde in aanmerking genomen?; wanneer is een rechtsregel een grondslag voor de economische of morele orde; hoe worden conflicten tussen de morele en de economische orde opgelost?...

Met dergelijke nietszeggende definitie, die meer vragen dan antwoorden oplevert, is niet de inhoud voor de toepassing ervan bepalend, maar wel het gezag van de persoon, die voor de toepassing instaat.

Zeker in een democratie, moet dat de wetgever zijn.

Wie zich niet door de onrust en, in zekere zin, opstandigheid van DE PAGE laat ringeloren of op sleeptouw nemen, komt al gauw tot de vaststelling dat hij op geen enkele wijze heeft verantwoord dat de openbare orde ten gevolge van de democratische kanteling een “ander” rechtsbegrip werd.

Precies omdat hij wist dat de openbare orde zowel voor als na de democratische kanteling naar de wetgever, naar zijn wetten en naar hun toepassing verwijst, wou DE PAGE niets meer met de openbare orde te maken hebben. Hij begreep dat het privaatrecht, na de democratische kanteling, door de democratisch verkozen wetgever tot een (wettelijke en democratisch geïnspireerde) openbare orde kon worden omgebouwd.

Daartegen kwam DE PAGE in verzet. Alleen had dat verzet weinig voorgesteld, maar zijn definitie en benadering van de (wet van) openbare orde werden in 1948 door het, toenmalige, hoogste rechtscollege bijgevallen. Zoals DE PAGE beoogde, verschoof daardoor het zwaartepunt. Voor de openbare orde was niet langer bepalend wat de wetgever besliste, maar wel de kwalificatie die de rechterlijke macht en uitiem, het Hof van Cassatie aan elke wetsbepaling zou geven. Voortaan zou de naleving en dus de openbare orde ten gevolge van democratisch tot stand gekomen wetten worden bepaald door de rechtspraak. De grondwettelijkheid van die verschuiving is nooit in vraag gesteld en is nooit door de wetgever bevestigd. Zoals reeds in randnummer 3.5 van afdeling 3 is vermeld, komt het, volgens de Grondwet, exclusief aan de wetgever toe om wetten te maken, wat inhoudt dat hij er het toepassingsgebied van bepaalt.

Tenzij de wetgever een afwijkingsmogelijkheid heeft opgenomen, moet de wet worden nageleefd en toegepast zodra haar toepassingsvoorwaarden verenigd raken. De effectieve toepassing van de toepasselijke wetten genereert de openbare orde. Dat het aan de wetgever toekomt de openbare orde te bepalen door de wetten te maken die, slechts wanneer de wetgever dit bepaalt, met een afwijkingsmogelijkheid gepaard gaan, wil het Hof van Cassatie sinds zijn arrest van 9 december 1948 niet meer horen. Het heeft zich de macht toegeëigend om de wet, op eigen initiatief en naar eigen inzichten, te kwalificeren als zijnde van openbare orde of van dwingend recht. Niet de wetgever maar het Hof van Cassatie bepaalt daardoor de afwijkingsmogelijkheden en derhalve de (rechterlijke) openbare orde die met hun toepassing wordt bekomen.

Met artikel 1.3 proberen de opstellers van het voorstel van Boek I die toestand op kousenvoeten te regulariseren, door alsnog aan de wetgever te vragen om de rechterlijke macht toe te laten, naar eigen inzichten, verder over de openbare orde te beschikken. In die hypothese is een toegankelijke, precieze en werkbare definitie van de openbare orde immers overbodig.

Zelfs indien de wetgever bereid zou zijn dergelijke vrijbrief aan de rechterlijke macht te geven, kan hij op dat (impliciete) verzoek niet ingaan zonder de Grondwet en het EVRM te schenden. Het is immers, zoals vermeld, de wetgever die de inhoud, zin en draagwijdte van de wetten moet bepalen, waarvan de naleving en de toepassing tot de openbare orde leidt. Hij kan dat niet, in het algemeen, aan de rechterlijke macht overlaten vermits het, *in fine*, gaat over de bepaling van de inhoud, zin en draagwijdte van grond- en mensenrechten door toedoen van “wetten”; de rechterlijke taken en bevoegdheden met betrekking tot grond- en mensenrechten, in welke vorm ook, vergen in een (werkelijk) democratische kader, steeds voldoende precieze en toegankelijke wetten. De jurisprudentiële rechtsregel kan de wet vervolledigen¹²⁹, doch niet vervangen.

4.8 De sanctie van de miskening van de openbare orde. Vermits uit artikel 1.3 volgt dat het verboden is om van de openbare orde af te wijken, ligt het voor de hand dat de

¹²⁹ Met inachtnaem en eerbiediging van het wettelijke kader.

rechtsonderhorige wil vernemen tot welke sancties de miskening van de openbare orde leidt.

In het voorstel van wettekst ontbreekt elke informatie desbetreffend. In de toelichting gaan de opstellers enkel in op de ongeoorloofde overeenkomst¹³⁰: een overeenkomst in strijd met de openbare orde is ongeoorloofd en is bijgevolg nietig¹³¹, zo schrijven zij¹³².

Zij behandelen dus enkel de sanctie die de rechtshandeling treft wanneer zij de openbare orde schendt. De sanctie die op ongeoorloofde rechtsfeiten volgt, laten zij buiten beschouwing.

Uit hun bochtenrijke toelichting blijkt dat de opstellers de miskening van de openbare orde door een rechtshandeling tot twee hypothesen beperken: een ongeoorloofd voorwerp of een ongeoorloofde oorzaak bij de totstandkoming van de rechtshandeling¹³³, wat zij ten aanzien van overeenkomsten bovendien sterk nuanceren en vernauwen¹³⁴.

Vermits de rechtsgeldigheid van een rechtshandeling bij haar totstandkoming is te beoordelen¹³⁵ en door de nietigheid van de rechtshandelingen wordt gesanctioneerd, denken de opstellers de cirkel te sluiten. Zij voegen eraan toe dat *“de rechter (...) de schending van de openbare orde ambtshalve (moet) opwerpen en (...) zelfs de nietigheid van een overeenkomst [kan] uitspreken ook al wordt deze nietigheid door geen der partijen gevorderd, mits eerbiediging van het recht van verdediging”*¹³⁶, omdat zij de zgn. effectiviteit van de nietigheidssanctie in de kijker willen zetten.

Ongetwijfeld weten de opstellers dat zij met die bewering naast de weg lopen. Volgens het Hof van Cassatie, moet de rechter de schending van de openbare orde in burgerlijke en sociale zaken niet ambtshalve inroepen¹³⁷. Hij kan dat doen; er rust op hem (m/v/x) slechts een verplichting om een schending van de openbare orde ambtshalve in te roepen wanneer de toepassing van de (rechtsregel van) openbare orde is geboden door de feiten, die door de

¹³⁰ Er is aan te nemen dat hun toelichting op alle rechtshandelingen toepasselijk is.

¹³¹ Zoals hierna besproken (zie randnummer nr.4-14) komen de opstellers uiteindelijk tot de zgn. bevinding dat de *“loutere schending van de openbare orde bij de totstandkoming van het contract an sich geen nietigheidsgrond van het contract [vormt] indien het voor het overige, een geoorloofd voorwerp en een geoorloofde oorzaak heeft”*. Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 12.

¹³² Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 11.

¹³³ Zie de tweede zin van de tweede alinea van artikel 1.3: *“Bijgevolg moet elke rechtshandeling een geoorloofd voorwerp en geoorloofde oorzaak hebben”*. Zie ook Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001-033, p. 11 e.v.

¹³⁴ Zie hierna randnrs. 4.10 en 4.11.

¹³⁵ Die in het gedrang komt wanneer een geldigheidsvoorwaarde ontbreekt of gebrekkig is, zie – weliswaar met betrekking tot overeenkomsten: Cass. 27 september 2018, C.17.0669.F; Cass. 25 november 2013 C.13.0233.N; Cass. 15 september 2005, C.04.0345; Cass. 17 september 2004, C.02.0603.N.

¹³⁶ Zie Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001-033, p. 11 met verwijzing naar Cass. 4 september 2020, C.19.0613.N.

¹³⁷ In straf – en fiscale zaken (publiekrecht) ligt dat anders.

partijen in het bijzonder tot staving van hun eisen of verweer werden aangevoerd¹³⁸. De effectiviteit van de nietigheidssanctie is met andere woorden afhankelijk van de partijen, die “in het bijzonder” feiten moeten aanvoeren tot *staving* van hun eisen of verweer waaruit een miskenning van de openbare orde kan blijken én van de beoordeling van die “bijzonderheid” door de rechterlijke macht en het Hof van Cassatie *per ultimo*. Die, door het Hof van Cassatie uitgedachte, jurisprudentiële beperking van de taak van de rechter¹³⁹ strijdt met de openbare orde die door de Grondwet en de wetgevers wordt beoogd.

Vermits rechters experten in het door hen toegepaste recht zijn en geacht worden het recht te kennen (“*iura novit curia*”; “*da mihi factum dabo tibi ius*”), moet de samenleving kunnen verwachten dat zij, in alle omstandigheden, de (wettelijke) openbare orde in bescherming nemen wanneer uit de feiten al dan niet in het bijzonder door een partij aangevoerd, blijkt dat zij in het gedrang kan zijn gebracht, weliswaar met eerbiediging van de rechten van de verdediging.

De sanctie van de miskenning van de (wet van) openbare orde door toedoen van een rechtshandeling moet uiteraard in artikel 1.3 worden vermeld. In overeenstemming met de huidige stand van het recht, is die sanctie niet tot de nietigheid van de rechtshandeling te beperken (zie *infra*), die overigens niet de meest efficiënte sanctie is.

4.9 De miskenning van de openbare orde herleid tot het ongeoorloofde voorwerp en de ongeoorloofde oorzaak. Uit de bewering dat niet “kan” worden afgeweken van de openbare orde zou volgens artikel 1.3, tweede lid volgen dat elke rechtshandeling een geoorloofd voorwerp en een geoorloofde oorzaak moet hebben. Aldus wordt de miskenning van de openbare orde limitatief beperkt tot enkel deze twee aspecten, die – volgens de toelichting – enkel bij de totstandkoming van de rechtshandeling relevant zouden zijn. Om meerdere redenen mist die herleiding van de openbare orde tot het ongeoorloofde voorwerp en de geoorloofde oorzaak elke grondslag.

De strijdigheid met de openbare orde bij de totstandkoming van een rechtshandeling kan vooreerst, het gevolg zijn van omstandigheden die niets met het voorwerp, de oorzaak en hun

¹³⁸ O.m. zie o.m. Cass. 17 maart 2016, C.15.0235.N; Cass. 4 mei 2018, C.17.0040.F.; Cass. 1 februari 2019, C.18.0350.N.

¹³⁹ Grondwettelijk verankerd, maar treffend tot uitdrukking gebracht door de adagia: “*iura novit curia*” en “*da mihi factum, dabo tibi ius*”.

ongoorloofbaarheid te maken hebben¹⁴⁰. Zij kan namelijk ook verband houden met de afwezigheid van een rechtsgeldige wilsuiting, met een wilsgebrek, met de rechts- en handelingsbekwaamheid of met de miskening van een wet of van een daaruit afgeleide jurisprudentiële rechtsregel die de openbare orde of de goede zeden aanbelangt of van een wet of daaruit afgeleide jurisprudentiële rechtsregel van openbare orde.

Bovendien kan de miskening van de openbare orde zich niet enkel bij de totstandkoming van de rechtshandeling of overeenkomst voordoen, maar ook in hun uitvoerings- of uitdovingsfase. Het, door de opstellers geciteerde arrest van 4 september 2020¹⁴¹ is daarvan een voorbeeld: de uitvoering van een, op zichzelf rechtsgeldige overeenkomst gebeurde met miskening van de openbare orde doordat de bouwwerken, hun herstelling en oplevering zonder tussenkomst van een architect gebeurden. Met miskening van zijn rechtspraak dat de geldigheid en derhalve de gebeurlijke nietigheid van een rechtshandeling of overeenkomst exclusief bij de totstandkoming is te beoordelen¹⁴², besliste het Hof van Cassatie in dat arrest toch, op eigen initiatief¹⁴³, dat de rechter tot nietigheid kon besluiten¹⁴⁴.

Zonder de voorgestelde inkortingen van het toepassingsbereik van de openbare orde te verantwoorden, willen de opstellers van het voorgestelde Boek I, zoals het Hof van Cassatie pas recentelijk¹⁴⁵ is beginnen doen, de openbare orde beperken tot het ongeoorloofde voorwerp¹⁴⁶ en de ongeoorloofde oorzaak. Die ontwikkeling is er kennelijk op gericht, zoals uit de toelichting blijkt¹⁴⁷, om de miskening van de openbare orde exclusief bij de totstandkoming van de rechtshandeling of overeenkomst te beoordelen en enkel door nietigheid te sanctioneren, terwijl het Hof van Cassatie tegelijkertijd, sinds enige jaren, van de nietigheidssanctie een parodie maakt.

¹⁴⁰ Voor een recent voorbeeld zie Vred. Genk 25 februari 2020, *RW* 2020-21, 437.

¹⁴¹ Cass. 4 september 2020, C. 19.0613.N.

¹⁴² Zie hiervoor voetnoot 135.

¹⁴³ Want het cassatiemiddel was voornamelijk op artikel 2 (voormalig art. 6) oud BW gericht, zonder dat het Hof zijn koerswijziging ter beoordeling aan de partijen voorlegde.

¹⁴⁴ In dit arrest erkent het Hof van Cassatie dat, ookal hebben partijen de nietigheid niet opgeworpen, de rechter de nietigheid ambtshalve mag opwerpen en de nietigverklaring en de restitutie mag uitspreken na heropening van de debatten. Het oordeelde evenwel dat de rechter zich niet over de omvang van de restituties mag uitspreken zonder aan de partijen de mogelijkheid te geven hierover tegenspraak te voeren.

¹⁴⁵ Het laatste decennium, eveneens zonder verantwoording.

¹⁴⁶ Het Hof van Cassatie focaliseert voornamelijk op de ongeoorloofbaarheid van het voorwerp, dat restrictief wordt uitgelegd: zie o.m. Cass. 30 januari 2015, c.14.0285.N; Cass. 8 maart 2018, C. 17.0390.N; Cass. 27 september 2018, C. 17.0669.7.

¹⁴⁷ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer* 2020-2021, 55-1805/001, p. 12.

4.c.- Ongeoorloofdheid (wordt een) troef

4.10 Manke transpositie. Met betrekking tot het geldige voorwerp en de geldige oorzaak is vast te stellen dat de opstellers in de toelichting verwijzen naar Boek 5 (verbintenissen) dat, in zijn huidige stand, betrekking heeft op het contract en op de eenzijdige rechtshandeling (art. 5.125 en 5.126).¹⁴⁸ Het artikel 5.126 van Boek 5 bepaalt dat *“elke eenzijdige rechtshandeling (...) onderworpen [is] aan de regels die er eigen aan zijn en, voor zover deze niet ervan afwijken, aan de regels die toepasselijk zijn op de contracten en aan het algemeen regime van de verbintenis”*.

De vraag is dus of de rechtshandeling op het vlak van haar voorwerp en oorzaak en hun (on)geoorloofdheid enkel onderworpen is aan de regels die eigen zijn aan de rechtshandeling, dan wel of de rechtshandeling op dit vlak ook onderworpen is aan de regels die toepasselijk zijn op de contracten en aan het algemeen regime van de verbintenis.

In de toelichting bij artikel 1.3, betogen de opstellers dat de regels inzake voorwerp, oorzaak en hun geoorloofdheid met betrekking tot “contracten” ook op rechtshandelingen toepasselijk zijn.¹⁴⁹

Hun bewering is echter wankel.

Vooreerst onderzoeken ze, in hun benadering, niet of een persoon (m/v/x) zijn rechtshandeling niet (geheel of deels) aan regels kan onderwerpen die eigen zijn aan de rechtshandeling en derhalve of hij (m/v/x) kan afwijken van de regels die inzake voorwerp en oorzaak en hun geoorloofdheid gelden voor contracten.

Bezwarender is echter dat de omschrijving van het voorwerp en van de oorzaak van het contract, alsmede van hun geoorloofdheid in Boek 5 niet naar de rechtshandeling in Boek 1 overzetbaar is.

In Boek 5 blijkt uit artikel 5.46 dat de het “voorwerp” een dubbele lading heeft. Volgens artikel 5.46 eerste lid heeft ieder contract als voorwerp de verbintenissen of de andere rechtsgevolgen die de partijen beogen. Hier verwijst het voorwerp zodoende naar het voorwerp van het contract. Artikel 5.46, tweede lid geeft aan dat het voorwerp van een verbintenis een prestatie is, die erin kan bestaan iets te doen of niet te doen, iets te geven of

¹⁴⁸ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 11 e.v.

¹⁴⁹ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 11.

iets te garanderen. Deze bepaling omschrijft met andere woorden het voorwerp van de verbintenis én van de prestatie. In de daaropvolgende artikelen wordt enkel nog gesproken van de prestatie zodat is aan te nemen dat die artikelen het voorwerp in de zin van “het voorwerp van de verbintenis” betreffen. Ook het artikel dat de geoorlooftheid van het voorwerp regelt, betreft de, door de verbintenis beloofde, prestatie. Artikel 5.51 bepaalt dat de prestatie ongeoorloofd is wanneer zij een toestand doet ontstaan of in stand houdt die in strijd is met de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen. Zoals hierna in 4.13 wordt besproken, is die omschrijving overigens voor betwisting vatbaar.

Niet alle rechtshandelingen roepen verbintenissen in het leven. Eenzijdige en collectieve¹⁵⁰ rechtshandelingen beogen slechts uitzonderlijk (de totstandkoming van) verbintenissen¹⁵¹; de auteurs ervan beogen wel rechtsgevolgen. Die zijn wel volgens artikel 5.46 eerste lid, het voorwerp van hun rechtshandeling. Hoewel naast verbintenissen, ook (andere) rechtsgevolgen het voorwerp kunnen zijn van het contract, behandelen de verdere bepalingen van Boek 5 inzake het “voorwerp” enkel verbintenissen en hun voorwerp, vermits ze steeds naar “de prestatie” verwijzen.

Het – betwistbare – criterium dat in artikel 5.51 is aan te treffen is derhalve niet adequaat om de geoorlooftheid van een rechtshandeling te beoordelen, omdat het enkel verwijst naar de uitvoering van een verbintenis, zijnde een prestatie, terwijl een verbintenis niet voorhanden is wanneer de (eenzijdige of collectieve) rechtshandeling louter een rechtsgevolg (zonder verbintenis en prestatie) beoogt.

Ook wat de ongeoorloofde oorzaak betreft, kan de verwijzing naar Boek 5 niet dienen. Volgens artikel 5.53 bestaat de oorzaak uit de determinerende beweegredenen die elke partij ertoe hebben bewogen om het contract te sluiten voor zover die gekend waren of behoorden te zijn door de andere partij. De oorzaak is volgens artikel 5.56 ongeoorloofd wanneer zij strijdig is met de openbare orde of met dwingende wetten.

¹⁵⁰ Zoals de rechtshandeling die aan de grondslag ligt van een collectieve (arbeids)overeenkomst of een besluit van een orgaan van een rechtspersoon

¹⁵¹ Zie de door de opstellers gegeven voorbeelden: “*afstand doen van een subjectief recht, van een nalatenschap, van een verkregen verjaring; erkennen van een natuurlijk kind; aanvaarden van een nalatenschap; herroepen van een testament*”. Eveneens is te denken aan procesrechtshandelingen, aan de besluiten van de organen van rechtspersonen ...

Bij eenzijdige rechtshandelingen geldt echter dat de determinerende beweegredenen die een persoon tot die rechtshandeling bewegen, per definitie, niet gekend zullen zijn door “de andere partij”, vermits die in de eenzijdige rechtshandeling ontbreekt.

Bij collectieve rechtshandelingen rijst de vraag of het volstaat dat één andere deelnemer aan die rechtshandeling de determinerende beweegredenen kende of had behoren te kennen. Vermits er, in die hypothesen, geen oorzaak in de zin van artikel 5.53 bestaat, kan die evenmin (on)geoorloofd zijn. Eenzijdige en collectieve rechtshandelingen zullen derhalve zelden of nooit aan de vooropgestelde geoorloofdheidstoets wat de oorzaak betreft kunnen worden onderworpen, wat ten aanzien van overeenkomsten neerkomt op een verschil in behandeling, strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Artikel 1.3 is ten slotte, afgezien van het voorgaande, dubbelzinnig. Een rechtshandeling kan meerdere rechtsgevolgen hebben en op meerdere determinerende beweegredenen berusten. Het voorstel wekt de indruk dat het volstaat dat de rechtshandeling één geoorloofd voorwerp (prestatie) nastreeft en op één geoorloofde oorzaak (determinerende beweegreden) berust opdat er geen vuiltje aan de lucht zou zijn. Andere ongeoorloofde prestaties en/of ongeoorloofde determinerende beweegredenen zouden de rechtsgeldigheid, in die lezing, niet in het gedrang brengen. Mocht dat de bedoeling van de opstellers zijn dan moet in artikel 1.3 duidelijk worden gemaakt dat het volstaat dat een rechtshandeling één enkele geoorloofde prestatie nastreeft en op één enkele geoorloofde beweegreden berust om met de openbare orde te sporen. Daardoor zouden (alle) andere, ongeoorloofde, prestaties en/of beweegredenen worden verontschuldigd.

4.11 Het ongeoorloofd voorwerp. Uit de toelichting blijkt dat de opstellers menen dat de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot het ongeoorloofd contract of voorwerp en de daarop aansluitende nietigheidsregels¹⁵² zonder meer toepasselijk zijn op de rechtshandeling, die van de openbare orde afwijkt. In het voorgaande randnummer werd aangetoond dat die zienswijze, om juridisch – technische redenen, niet tot eenzijdige en collectieve rechtshandelingen kan worden doorgetrokken, wanneer zij geen verbintenissen, doch andere rechtsgevolgen beogen.

¹⁵² Zie de voorstellen van artikelen 5.51 en 5.57 en volgende van Boek 5 (Verbintenissen).

Gelet op het praktische belang en op het daarmee overeenstemmende voorstel dat in Boek 5 is aan te treffen, moet op die apologie van het ongeoorloofd voorwerp (contract) worden ingegaan. De opstellers menen tot tweemaal toe dat *“de schending van de openbare orde bij de totstandkoming van het contract an sich nooit een nietigheidsgrond van het contract (vormt)”*¹⁵³ en *“ook in de toekomst vormt de loutere schending van de openbare orde bij de totstandkoming van het contract an sich geen nietigheidsgrond van het contract indien het, voor het overige, een geoorloofd voorwerp en een geoorloofde oorzaak heeft”*.¹⁵⁴

Hoe kunnen de opstellers tot die stelling komen na in artikel 1.3 te bepalen dat er van de openbare orde niet kan (mag) worden afgeweken?

Het antwoord is in het voorgestelde artikel 5.51 te vinden: een prestatie zou, bij de totstandkoming van de rechtshandeling, slechts ongeoorloofd zijn wanneer zij een toestand doet ontstaan of in stand houdt die in strijd is met de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen. Het is met andere woorden niet relevant dat de prestatie (iets doen, niet doen, geven of garanderen) bij de totstandkoming van de verbintenis of van het contract met de openbare orde strijdt, dan wel dat de overeenkomst in strijd met de openbare orde of een desbetreffende rechtsregel wordt gesloten. De ongeoorloofdheid, die bestaat op het moment van de totstandkoming, tast de rechtsgeldigheid van het contract of van de prestatie pas aan wanneer door de uitvoering ervan een toestand ontstaat of in stand wordt gehouden die in strijd is met de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen¹⁵⁵.

De redenering is manifest onsamenhangend: indien er niet van de openbare orde mag worden afgeweken en de rechtsgeldigheid op het moment van de totstandkoming van het contract/rechtshandeling is te beoordelen¹⁵⁶, dan kan de (on)geoorloofdheid niet van de (latere) uitvoering van de rechtshandeling, het contract of de prestatie afhangen.

Hebben de opstellers en het Hof van Cassatie het daarnaast bij het rechte einde wanneer zij denken dat in een democratische samenleving overeenkomsten of rechtshandelingen moeten worden geduld, waardoor een persoon opzettelijk schade aan een ander veroorzaakt¹⁵⁷ of een

¹⁵³ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 12.

¹⁵⁴ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 13.

¹⁵⁵ Wat door de rechtspraak en, in laatste instantie, door het Hof van Cassatie wordt beslecht (zie o.m. Cass. 30 januari 2015, C.14.0285.N; Cass. 9 september 2016, C.14.0347.N; Cass 13 november 2017, C.16.0320.F).

¹⁵⁶ Zie ook in die zin de voorgestelde artikelen 5.57 en 5.62 (Boek 5).

¹⁵⁷ Zoals gebeurt wanneer de rechtshandeling/overeenkomst op geweld, bedrog, misbruik van omstandigheden berust, waarvan de verbintenissen en de prestaties de uitdrukking zijn.

ander, tegen vergoeding, op mensonterende manieren mag behandelen¹⁵⁸, omdat de gevolgen ervan, volgens hen, geen toestand doet ontstaan of in stand houdt die met de openbare orde of met het dwingend recht strijdt?

In werkelijkheid moedigt hun restrictieve benadering van de ongeoorloofde¹⁵⁹, gecombineerd met de dramatische afslanking van de nietigheidssanctie, het ongeoorloofde gedrag aan. De gevolgen daarvan, laten niet op zich wachten: er wordt volop gespeculeerd op de mogelijkheid om met ongeoorloofde overeenkomsten of rechtshandelingen ongeoorloofde voordelen te verwerven, die in rechte worden geduld.

4.12 Artikel 2 (voorheen artikel 6) oud BW : een hinderlijke luis in de pels? Het is overduidelijk dat de opstellers geen goed woord voor artikel 2 (voorheen 6) oud BW over de lippen krijgen en absoluut willen vermijden dat hun voorstellen in zijn vaarwater terechtkomen. De formulering van de tweede alinea van artikel 1.3 is daarvan het resultaat. Wellicht omdat artikel 2 (voorheen 6) oud BW geen louter Belgisch verschijnsel is¹⁶⁰, hebben de opstellers toch gemeend in de toelichting te moeten uitleggen waarom artikel 2 (voorheen 6) oud BW uit de hercodificatie werd geweerd: *“Bovendien heeft artikel 2 van het huidig Burgerlijk Wetboek geen autonome strekking en werd het steevast uitgelegd door de rechtspraak van het Hof van Cassatie in combinatie met de artikelen 1131 en 1133 van datzelfde wetboek”*^{161, 162}

Zij beweren aldus noch min, noch meer, dat artikel 2 (voorheen artikel 6) oud BW, nu reeds, overbodig is en niets aan de artikelen 1131 en 1133 oud BW toevoegt. De schrapping van artikel 2 (voorheen artikel 6) oud BW zou dus geen verschil maken.

De afwezigheid in de hercodificatie van de tekst van artikel 2 (voorheen artikel 6) oud BW maakt integendeel een groot verschil. Alvorens daarop in te gaan, moet worden rechtgezet dat artikel 2 (voorheen artikel 6) oud BW geen autonome strekking zou hebben omdat het door de rechtspraak van het Hof van Cassatie “steevast” zou zijn uitgelegd in combinatie met de artikelen 1131 en 1133 oud BW. Die bewering doet de jurisprudentiële werkelijkheid geweld aan. Sinds 1804 tot op de dag van vandaag geeft de rechtspraak, ook die van het Hof

¹⁵⁸ De zgn. “*nasty contracts*”.

¹⁵⁹ Zowel van het voorwerp, als van de oorzaak.

¹⁶⁰ Zie hiervoor randnummer 4.5 en voetnoot 100.

¹⁶¹ De artikelen 1131 en 1133 oud BW betreffen de ongeoorloofde oorzaak.

¹⁶² Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001-033, p. 12.

van Cassatie, een autonome betekenis aan artikel 2 (voorheen artikel 6) oud BW, waarvan o.m. de artikelen 1131 en 1133 oud BW een (technische) toepassing zijn. Zowel voor de opstellers van het oud Burgerlijk Wetboek (1804) als voor LAURENT was dat overigens zonneklaar¹⁶³.

In de hiervoor beschreven omstandigheden¹⁶⁴, zweeg DE PAGE in alle talen over de openbare orde en over artikel 6 oud BW omdat hij de verdere integrale toepassing van het economisch liberalisme in het privaatrecht wou vrijwaren¹⁶⁵, gespaard van alle democratische invloeden. Hij draaide welbewust de rollen om door artikel 6 oud BW enkel in het kielzog van de artikelen 1131 en 1133 oud BW te vermelden¹⁶⁶.

I.t.t. DE PAGE, bleef de rechtspraak aan de oorzaak als geldigheidsvereiste gehecht en is zij aan artikel 6 (thans 2) oud BW een autonome betekenis blijven geven.

Wie op oppervlakige wijze kennis neemt van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, kan mogelijk de indruk krijgen dat artikel 6 (thans 2) oud BW daarin steeds in combinatie met de artikelen 1131 en 1133 oud BW wordt toegepast. Dat is een verkeerde indruk. Vooreerst omdat de combinatie van de artikelen 6, 1131 en 1133 oud BW niet het werk van het Hof van Cassatie is, maar wel van de eiser in cassatie die de gezamenlijke schending van die wetsbepalingen in het cassatiemiddel aanvoert, in het kader van discussies rond het ongeoorloofd voorwerp of de ongeoorloofde oorzaak. Wanneer in het cassatiemiddel enkel de schending van artikel 6 (thans 2) oud BW wordt ingeroepen¹⁶⁷, wordt het door het Hof van Cassatie niet verworpen omdat die bepaling geen autonome strekking zou hebben. Het Hof vernietigt of bevestigt, in die hypothese de bestreden beslissing in functie van het autonoom toegepaste artikel 6 (thans 2) oud BW¹⁶⁸. Het Hof van Cassatie heeft overigens ook

¹⁶³ Noch de opstellers van het oud BW, noch F. LAURENT trokken artikel 6 (thans 2) oud BW in twijfel; zij verdedigden er integendeel de toepassing van. Zie F. LAURENT, *Principes de droit civil Belge*, I, o.c., p. 85, nr. 50 : “Le code ne dit pas quel sera le sort des conventions particulières qui dérogent à l’ordre public. Mais il ne peut y avoir de doute sur la volonté du législateur de les frapper de nullité. Portalis le dit dans son discours au Corps législatif comme une chose qui va de soi : “On annule, dit-il, les conventions contraires au droit public; on n’annule pas celles qui sont contraires à des lois qui ne touchent qu’au droit privé ou à des intérêts particuliers.” Comment le législateur donnerait-il sa sanction à des conventions par lesquelles des particuliers voudraient subordonner l’intérêt général à l’intérêt privé, c’est-à-dire la société à l’individu. Il n’y qu’un moyen de sauvegarder l’intérêt général, c’est de frapper de nullité des actes qui, s’ils étaient maintenus, compromettraient l’existence même de la société, puisque les individus se croiraient autorisés à sacrifier l’intérêt de tous à leurs convenances particulières”.

¹⁶⁴ Zie hiervoor randnummer 4.6.

¹⁶⁵ H. DE PAGE, *Traité*, I, o.c., 109, nr 30.

¹⁶⁶ Waarbij dan nog is te vermelden dat hij de “oorzaak” niet als geldigheidsvoorwaarde van het contract of van de rechtshandeling aanvaarde (H. DE PAGE, *Traité*, I, o.c., nr. 21 en 106, nr. 89).

¹⁶⁷ Ook in de zaak die aanleiding gaf tot het cassatiearrest van 4 september 2020 (C.19.0613.N), ingeroepen door de opstellers van het voorstel van Boek I, was het cassatiemiddel gestoeld op artikel 2 oud BW, zonder verwijzing naar de artikelen 1131 en 1133 oud BW.

¹⁶⁸ Zie o.m. Cass. 6 januari 2012, C.10.0182.F; Cass. 14 december 2012, C.12.0232.N (in laatstgenoemd arrest werden de artikelen 6, 1131 en 1133 oud BW als geschonden ingeroepen, maar het Hof paste enkel artikel 6 oud BW toe).

aangegeven dat overeenkomsten of bedingen die ingaan tegen een bepaling die van openbare orde is, zogn. nietig zijn, zonder te verwijzen naar de artikelen 1131 en 1133 oud BW (en zelfs zonder te verwijzen naar artikel 6 (thans 2) oud BW of naar de ongeoorloofde oorzaak)¹⁶⁹. Dit alles spreekt “steevast” tegen dat artikel 6 (thans 2) oud BW geen autonome strekking heeft.

4.13 De autonomie en toegevoegde waarde van artikel 2 oud BW. Het (geschrapte) verbod om door overeenkomsten of andere rechtshandelingen afbreuk te doen aan wetten die de openbare orde (of de goede zeden) betreffen, heeft tot gevolg dat overeenkomsten die met de openbare orde of met wetten van openbare orde strijden, in rechte geen uitwerking kunnen krijgen. Artikel 2 oud BW verwijst niet naar de nietigheid, maar bepaalt onmiskenbaar dat een overeenkomst of rechtshandeling geen afbreuk kan doen aan wetten die de openbare orde aanbelangen¹⁷⁰. Dat – duidelijke – verbod geldt niet enkel bij de totstandkoming van de overeenkomst of rechtshandeling. Het vergezelt de overeenkomst en de overige rechtshandelingen vanaf hun totstandkoming tot hun laatste snik¹⁷¹.

Om te bewerkstelligen dat de overeenkomst of de rechtshandeling geen afbreuk doet aan de openbare orde, aan wetten die de openbare orde aanbelangen of aan wetten van openbare orde, moet hen in rechte uitwerking worden ontzegd.

Zij moeten niet nietig worden verklaard en hoeven overigens niet eens door een nietigheid¹⁷² te zijn aangetast. Uit artikel 2 oud BW volgt, zonder meer, dat de overeenkomst die, op enige wijze, afbreuk doet aan de openbare orde¹⁷³ in rechte geen uitwerking krijgt, vanaf het ogenblik dat die toestand¹⁷⁴ zich voordoet.

Het buiten toepassing verklaren en buiten beschouwing laten van een ongeoorloofde overeenkomst of andersoortige rechtshandeling¹⁷⁵ is trouwens een welbekende en veelvuldig

¹⁶⁹ Zie Cass 25 juni 2015 C.14.0008.F “*Cette disposition, qui s'oppose à une limitation illicite de la liberté du commerce et de l'industrie, est d'ordre public. La clause qui impose une limitation excessive de la concurrence quant à l'objet, au territoire ou à la durée est, dès lors, nulle.*” Zie ook Cass. 27 september 2018, C.17.0669.F.

¹⁷⁰ En dus evenmin aan de openbare orde die het resultaat is dat wordt bekomen door de nakoming en de toepassing van de – gebiedende en verbiedende – wetten; zie hiervoor randnummer 4.8.

¹⁷¹ Zie o.m. J. DE CONINCK, “De toetsing van een overeenkomst aan de openbare orde naar Belgisch recht”, in J. SMITS en S. STIJNS (ed), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 215-218; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 175; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 155-165; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 205-208.

¹⁷² Die immers enkel de rechtsgeldigheid van de overeenkomst en rechtshandeling bij hun totstandkoming en in het vizier neemt (zie hiervoor randnummer 4.8).

¹⁷³ In al zijn verschijningsvormen: strijdigheid met het algemeen begrip; met een, wet of rechtsregel van openbare orde; met een wet of rechtsregel die de openbare orde aanbelangt.

¹⁷⁴ Die aan de “openbare orde” afbreuk doet.

¹⁷⁵ Waarnaar artikel 2 (voorheen art. 6) oud BW verwijst.

toegepaste juridische techniek. Ook het Hof van Cassatie maakt daarvan, onder meerdere benamingen en vormen¹⁷⁶, gebruik, zelfs zonder naar artikel 2 (voorheen artikel 6) oud BW te verwijzen. Op grond van artikel 446ter, eerste en tweede lid Ger. W., besliste het Hof van Cassatie aldus dat de Raad van de Orde geen rekening moet houden met de eenzijdige beslissing van de advocaat of met afspraken of overeenkomsten tussen de advocaat en zijn cliënt wanneer het ereloon niet met billijke gematigdheid is vastgesteld¹⁷⁷.

Het Hof van Cassatie staat ook achter de rechtspraak die een procesrechtshandeling, op grond van artikel 17 Ger. W.¹⁷⁸, wegens ongeoorloofd belang onontvankelijk verklaard¹⁷⁹, wat neerkomt op het buiten beschouwing laten van die procesrechtshandeling.

Het Hof van Cassatie past eveneens artikel 159 Grondwet toe waardoor een wet in de materiële betekenis¹⁸⁰ buiten beschouwing wordt gelaten die ingaat tegen hiërarchisch hoger geplaatste wetten¹⁸¹. Aan tal van andere voorbeelden kan nog worden gedacht¹⁸².

4.14 Waarom zijn het Hof van Cassatie en de opstellers artikel 2 oud BW liever kwijt, dan rijk?¹⁸³ Zij maken er geen geheim van: zij willen overeenkomsten/rechtshandelingen met een ongeoorloofd voorwerp¹⁸⁴ of met een ongeoorloofde oorzaak in bescherming kunnen nemen door hen aan nietigheid te onttrekken.

Wanneer een verbintenis of een prestatie met de openbare orde of met dwingend recht strijdt, is dat - volgens de opstellers van het voorstel van Boek I - toch onvoldoende om van een ongeoorloofde overeenkomst of verbintenis te spreken. Dat zou enkel het geval zijn wanneer de uitvoering van de verbintenis of prestatie een toestand doet ontstaan of in stand houdt, die – in de beoordeling van het Hof van Cassatie – met de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen strijdt¹⁸⁵. Onduidelijk is of die rechterlijke beoordeling zich,

¹⁷⁶ O.m. buiten toepassing verklaren, buiten beschouwing laten, voor ongechreven houden, geen rekening houden met, onontvankelijkheid, niet-tegenwerpbaarheid, zonder rechtsgevolg laten ...

¹⁷⁷ Cass. 24 maart 2016, C.15.0196.N (impliciet, besliste het Hof dat artikel 446ter, eerste en tweede lid Ger. W. de openbare orde raakt en van openbare orde is).

¹⁷⁸ In artikel 17 Ger. W. wordt niet over de (on)geoorloofdheid van het procesbelang gesproken.

¹⁷⁹ O.m. Cass. 14 december 2012, C.12.0231.N; Cass. 10 oktober 2013, C.12.0274.N; Cass. 28 november 2013, C.13.0166.N; Cass. 8 maart 2018, C.17.390.N (het Hof meent momenteel - sinds 2013 – dat een procesbelang niet *an sich* ongeoorloofd is omdat het de openbare orde miskent, doch enkel wanneer het ertoe strekt een toestand te doen ontstaan of in stand te houden die in strijd is met de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen).

¹⁸⁰ Die een (wettelijke) rechtshandeling is.

¹⁸¹ Cass. 21 november 2019, C.18.0613.N.

¹⁸² O.m. aan de pauliaanse vordering in continuïteit of discontinuïteit, aan het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* (ondanks de poging van het Hof van Cassatie om daarvan een “nietigheid” te maken, zie Cass. 3 oktober 2019, C.18.0438.N.), aan de voorrang van het Europese op het interne recht. Ook in het voorgestelde boek 5 wordt die techniek toegepast.

¹⁸³ Waarbij nogmaals is te benadrukken dat die “allergie” zich pas tijdens het laatste decennium ontwikkelde.

¹⁸⁴ Of met ongeoorloofde verbintenissen.

¹⁸⁵ Zie de voorgestelde artikelen 5.46, *juncto* 5.51 in het voorstel van Boek 5.

anticiperend, moet situeren op het moment van de totstandkoming of, integendeel op de concrete uitoefening moet worden geënt. Ook wanneer een toestand ontstaat of in stand wordt gehouden die ongeoorloofd is moet de ongeoorloofde overeenkomst, volgens de opstellers en de rechtspraak, geldig blijven in de gevallen die door de wet zijn bepaald of wanneer uit de omstandigheden blijkt dat de nietigheidssanctie kennelijk ongeschikt zou zijn, gelet op het doel van de geschonden regel¹⁸⁶. Bovendien moeten de absolute en relatieve nietigheid, volgens hen tot een gedeelte van de ongeoorloofde overeenkomst kunnen worden beperkt¹⁸⁷.

Wanneer een determinerende beweegreden met de openbare orde of met een dwingende wetsbepaling strijdt, kan de oorzaak, volgens het Hof van Cassatie en de opstellers, slechts ongeoorloofd worden genoemd en worden gesanctioneerd wanneer die ongeoorloofde beweegreden door de andere partij gekend was of behoorde te zijn¹⁸⁸. Wanneer de beweegredenen niet gekend was en ook niet gekend behoorde te zijn, kan de ongeoorloofde overeenkomst geldig blijven of zelfs wanneer de ongeoorloofdheid gekend was of behoorde te zijn, gedeeltelijk blijven voortbestaan¹⁸⁹.

Die betwistbare benaderingen van de ongeoorloofdheid en van de nietigheid, waarvan de beoordeling tot de totstandkoming van de overeenkomst is beperkt, was tot op heden louter jurisprudentieel. De opstellers willen ze thans in een wettekst gieten, afwijkend zowel van artikel 2 (voorheen artikel 6) oud BW, als van de nietigheidsleer, die de wetgever uittekende en door de rechtspraak in overeenstemming daarmee tussen 1830 en 2010 werd uitgewerkt en toegepast¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Zie het voorgestelde artikel 5.57 dat zowel op absolute, als op relatieve nietigheden toepasselijk zou zijn. Met betrekking tot deze voorgestelde bepaling is op te merken dat het "doel"-criterium om te bepalen of de nietigheidssanctie kennelijk ongeschikt is, botst met de rechtszekerheid die een "rechtsregel" (*rule of law*) moet verschaffen. Het "doel van de geschonden regel" ligt noodzakelijk in de bedoeling van de wetgever besloten. Wanneer de wetgever een gebod of verbod – zonder afwijkingmogelijkheid – oplegt, dan schenkt hij klare wijn : van het wettelijk verbod of gebod mag niet worden afgeweken en indien zulks toch, door middel van een rechtshandeling, gebeurt, dan volgen er sancties, zoals uit artikel 2 (voorheen art. 6) oud Burgerlijk Wetboek blijkt of uit de nietigheidssanctie wanneer de rechtshandeling, bij haar totstandkoming, verbintenissen met een ongeoorloofd voorwerp of een ongeoorloofde oorzaak voortbracht. De wetgever wenst de ongeoorloofde rechtshandeling zonder uitwerking blijft en dat de nietige verbintenissen (eventueel tot de overeenkomst uitgebreid omwille van de ondeelbaarheid met de overige verbintenissen) uit het rechtsverkeer verdwijnt. Het komt dus niet aan de rechterlijke macht toe om achteraf, in functie van het doel dat zij - naar eigen inzicht - aan de miskende wet toekent, de ongeoorloofde overeenkomst of nietige verbintenissen, geheel of deels, te "redden". Artikel 5.57 moet dan ook worden geschrapt.

¹⁸⁷ Zie het voorgestelde artikel 5.63.

¹⁸⁸ Zie de voorgestelde artikelen 5.53 *juncto* 5.56.

¹⁸⁹ Volgens de voorgestelde artikelen 5.57 en 5.63.

¹⁹⁰ Tot wat zulks kan leiden, blijkt uit Cass. 22 januari 2021 (C.19.0303.N), waarin het Hof van Cassatie besliste dat een ongeoorloofde dienstenconcessie, strijdig met de artikelen 49 en 56 VWEU, niet nietig is wanneer dwingende redenen van algemeen belang (een substituuut van de openbare orde in het Unie-recht) het noodzakelijk maken dat de (ongeoorloofde) opdracht of concessie voortgang maken!

Artikel 2 (voorheen artikel 6) oud BW doorkruist die jurisprudentiële strategie en wordt daarom, sinds een tiental jaren, vijandelijk bejegend. Het buiten toepassing of beschouwing laten van een ongeoorloofde overeenkomst¹⁹¹ is niet enkel veel efficiënter dan de nietigheidssanctie die in rechte moet worden uitgesproken en heeft ook een veel ruimer toepassingsgebied. Het verzet zich ertegen dat de rechterlijke macht de ongeoorloofdheid, geheel of deels, in bescherming neemt, vermits de nietigheid enkel de totstandkoming van de rechtshandeling controleert en, volgens de rechtspraak, voor (al dan niet volledige) remediëring vatbaar is. Artikel 2 (voorheen artikel 6) oud BW maakt daarentegen duidelijk dat ongeoorloofde rechtshandelingen hun auteurs geen voordeel kunnen opleveren: zij worden geneutraliseerd, ongeacht het tijdstip waarop en de vorm waarin de ongeoorloofdheid zich voordoet, omdat de wil van de wetgever voorgaat op die van partijen, die daartegen ingaan.

Terwijl artikel 2 (voorheen artikel 6) oud BW er dus toe strekt ongeoorloofd gedrag in het kader van overeenkomsten en andersoortige rechtshandelingen te bestrijden¹⁹², moedigen het Hof van Cassatie en de opstellers ongeoorloofd gedrag aan: zij verkleinen steeds verder de kans dat de ongeoorloofdheid kan worden gesanctioneerd en moedigen daardoor speculatie aan om alsnog ongeoorloofd te handelen.

In een democratische rechtstaat komt het aan de wetgever toe om over die gang van zaken, met kennis van zaken, uitspraak te doen en de grondwettelijke taakverdeling door de rechterlijke macht te doen eerbiedigen.

Die taakverdeling houdt in dat de openbare orde door de wetgever en niet door de rechterlijke macht wordt uitgetekend¹⁹³.

Gelet op het voorgaande, kan de tweede alinea van artikel 1.3 de volgende draagwijdte krijgen: *“Van de openbare orde of van wetten van openbare orde mag niet worden afgeweken. De openbare orde is de ordening van de samenleving die door de toepasselijke wetten wordt tot stand gebracht. Onverminderd andere daarop toepasselijke sancties, heeft de rechtshandeling die met de openbare orde of met een wet van openbare orde strijdt, geen rechtsgevolg.*

¹⁹¹ Ongeacht de oorsprong en de draagwijdte van de ongeoorloofdheid (strijdigheid met de openbare orde).

¹⁹² En de samenleving overeenkomstig te ordenen en te beschermen.

¹⁹³ Althans zolang de democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels het uitgangspunt van het (publiek- en privaat-) recht zijn.

4.15 Wat met de goede zeden? Reeds tijdens de voorbereiding van het Burgerlijk Wetboek van 1804 werd opgemerkt dat de goede zeden een onderdeel van de openbare orde zijn¹⁹⁴. DE PAGE, die de openbare orde als kiespijn kon missen, was daardoor een hevige voorstander van de goede zeden. Hun bepaling liet hij evenwel aan de rechtspraak over¹⁹⁵. In de toelichting bij Boek 1 is aangegeven dat het begrip “goede zeden” besloten ligt in het begrip “openbare orde” en geen daadwerkelijke meerwaarde biedt. De, door DE PAGE voorgestelde en door het Hof van Cassatie overgenomen definitie van de (wet van) openbare orde wijst overigens in die richting: in het privaatrecht, raken de juridische grondslagen van de economische of morele orde van de maatschappij de openbare orde. De morele orde, de goede zeden, de collectieve moraal lijken derhalve synoniemen te zijn en tot de openbare orde te behoren, minstens wat hun juridische grondslagen betreft. Zij werden in het privaatrecht evenwel niet uitgewerkt. De rechtspraak, inclusief die van het Hof van Cassatie, schenkt nauwelijks aandacht aan de juridische grondslagen van de morele orde, die in nevelen gehuld blijven¹⁹⁶. Die afzijdigheid heeft als gevolg dat de openbare orde in het privaatrecht, in de lezing door Hof van Cassatie, enkel de juridische grondslagen van de (liberaal) economische orde beschermt. Afgezien van de vaststelling dat die jurisprudentiële lezing de bedoeling van de wetgever negeert¹⁹⁷, dringt de vaststelling zich op dat die jurisprudentiële interpretatie van de openbare orde wel erg eenzijdig is¹⁹⁸, door het samenlevingsgebeuren enkel aan de hand van de (juridische) grondslagen van de (neo)liberale-economische orde te willen sturen. Indien de goede zeden niet worden opgenomen in het voorstel van Nieuw Burgerlijk Wetboek, moet de wetgever erop toezien dat de openbare orde niet door de rechtspraak tot een louter economisch concept kan worden gedegradeerd. Vermits de wetgever de openbare orde maakt, moet hij met wetten duidelijk maken dat de openbare orde in een democratie voornamelijk op morele, politieke, ecologische en sociale grondslagen berust die voorrang op economische bekommernissen hebben.

¹⁹⁴ Zie FAURE “*En effet, tout ce qui concerne les bonnes moeurs intéresse l’ordre public, mais tout ce qui intéresse l’ordre public ne concerne pas les bonnes moeurs*” (LOCRÉ, *o.c.*, I, 319). F. LAURENT was het daarmee roerend eens (Principes, I, *o.c.*, p. 88, nr. 54).

¹⁹⁵ H. DE PAGE, *Traité*, I, *o.c.*, 121-133.

¹⁹⁶ Waardoor de goede zeden weinig meer om het lijf hebben dan de seksuele moraal (zie C. CANDITO, M. DEGUELDRE, Q. DELEUZE, S. GILSON en N. HAUTENNE, *Les travailleurs du sexe et le droit social: une rencontre inévitable*, in S. GILSON (ed), *Aspects juridiques de la prostitution*, Limal, Anthemis, 2017, 158-160).

¹⁹⁷ Zie hiervoor randnummer 4.6.

¹⁹⁸ Vermits het Hof van Cassatie aldus, in het privaatrecht, abstractie maakt van de morele, de politieke, de ecologische, de sociale, de culturele ... orde.

5.- Alleen op de wereld, de wilsuïting

5.1 Artikel 1.4 is aan de wilsuïting gewijd. Het eerste lid van dit artikel beperkt zich tot de beschrijving van de vorm van de wilsuïting¹⁹⁹. Het tweede lid verduidelijkt voor het overige dat een wilsuïting mededelingsplichtig is wanneer zij een bepaalde persoon moet bereiken om uitwerking te hebben. Er wordt aan toegevoegd dat zij kan worden ingetrokken zolang zij de bestemming niet heeft bereikt.

5.2 De geldigheidsvoorwaarden van een rechtshandeling. De toelichting verduidelijkt dat deze bepaling *“nog enkele preciseringen geeft over de wilsuïting bedoeld in het artikel 1.3”*²⁰⁰. Vermits artikel 1.3 de rechtshandeling betreft en Boek 1 niet ingaat op de rechtsfeiten, kan worden vermoed dat artikel 1.4 betrekking heeft op de wilsuïting in het kader van de rechtshandeling.

Opmerkelijk is dat artikel 1.4. een centrale en cruciale plaats geeft aan de wilsuïting, zonder aan te geven waaruit de wilsuïting bestaat en zonder te bepalen wanneer de wilsuïting naar inhoud geldig is. In artikel 1.3 worden de vereisten van een geoorloofd voorwerp en een geoorloofde oorzaak vermeld, maar aan andere geldigheidsvoorwaarden besteedt artikel 1.4 niet de minste aandacht, zoals in de vorige afdeling uiteengezet.

Wat onder een voorwerp of oorzaak te begrijpen valt, is in artikel 1.3 niet beschreven. In Boek 1 wordt dus niet ingegaan op die en op de andere geldigheidsvereisten van de rechtshandeling. Het voorgestelde artikel 1.4 wekt zo de indruk dat de wilsuïting de enige voorwaarde is waaraan een rechtshandeling moet voldoen. De lezer moet in de toelichting duiken om daaruit begrijpen dat er nog andere voorwaarden zijn en dat de verschillende geldigheidsvoorwaarden *“voor het overige”* *“bevestigd en gepreciseerd”* worden in de volgende Boeken.²⁰¹ Waarom besteedt Boek 1 enkel aandacht aan de wilsuïting en vallen de

¹⁹⁹ “De wilsuïting is uitdrukkelijk of stilzwijgend”; in de toelichting wordt vermeld dat de kennisgeving om het even welke vorm kan aannemen met verwijzing naar “mondeling, schriftelijk, gedraging”. Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer* 2020-2021, 55-1805/001, p. 13.

²⁰⁰ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer* 2020-2021, 55-1805/001, p. 13.

²⁰¹ In de toelichting bij artikel 1.3 vermelden de opstellers: *“zodoende brengt de tekst twee fundamentele vereisten voor de geldigheid van de rechtshandelingen naar voren (toegevoegd: daarmee wordt verwezen naar het geoorloofd voorwerp en de geoorloofde oorzaak waarnaar in de paragraaf die de hier geciteerde paragraaf voorafgaat, wordt verwezen). In werkelijkheid zijn de twee vereisten niet de enige. Aldus veronderstelt elke rechtshandeling ook toestemming (hetgeen impliciet blijkt uit het begrip wilsuïting, bedoeld in het eerste lid) en bekwaamheid (wat impliciet blijkt uit artikel 1.3). Het was evenwel zaak om nadrukkelijk te wijzen op de – fundamentele – vereisten van een geoorloofde voorwerp en een geoorloofde oorzaak. De verschillende geldigheidsvereisten van de rechtshandeling worden voor het overige bevestigd en gepreciseerd in de volgende boeken van het Burgerlijk Wetboek. Zo worden, voor wat contracten betreft, de geldigheidsvereisten geregeld in de artikelen 5.27 en volgende van het ontwerp nieuw Burgerlijk Wetboek”*. Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer* 2020-2021, 55-1805/001-033, p. 11.

overige geldigheidsvoorwaarden van de rechtshandeling uit de boot? Door slechts de wilsuïting te behandelen,²⁰² komt het voorgestelde Boek 1 tekort aan de toegankelijkheid en de precisie die van de wet worden verwacht²⁰³. Dat uit de toelichting blijkt dat het zaak is uitdrukkelijk te wijzen op de “fundamentele” vereisten inzake geoorloofd voorwerp en geoorloofde oorzaak, wekt verder de indruk dat de andere geldigheidsvoorwaarden slechts een ondergeschikte rol spelen. Bij wijze van verdere uitleg wordt verwezen naar de geldigheidsvoorwaarden van Boek 5 (Verbintenissen) en in het bijzonder het vereiste voor contracten van een geoorloofd voorwerp en een geoorloofde oorzaak. Zoals aangetoond in afdeling 4.c zijn de desbetreffende bepalingen niet naar alle rechtshandelingen (i.h.b. de eenzijdige en collectieve rechtshandelingen) overzetbaar²⁰⁴.

In tegenstelling tot wat de opstellers lijken aan te nemen²⁰⁵, komt de wilsuïting niet zonder meer overeen met de toestemming zodat zij er niet impliciet uit kan blijken en wordt de bekwaamheid niet impliciet door artikel 1.3 behandeld. Er kan overigens niet redelijk²⁰⁶ worden verantwoord dat in Boek 1 enkel de wilsuïting als geldigheidsvoorwaarde van de rechtshandeling wordt behandeld.

5.3 De vrije wil. Niet om het even welke wilsuïting komt als geldigheidsvoorwaarde van de rechtshandeling in aanmerking, ook niet wanneer ze de bedoeling tot uitdrukking brengt om rechtsgevolgen te doen ontstaan. Niet de wilsuïting, maar de onderliggende vrije en rechtsgeldige wil is de geldigheidsvoorwaarde. Zoals bij overeenkomsten het geval kan zijn, kunnen eenzijdige en collectieve rechtshandelingen berusten op een wilsuïting, met de bedoeling om rechtsgevolgen in het leven te roepen, maar kan die wilsuïting aangetast zijn door een wilsgebrek of kan die rechtshandeling uitgaan van een (rechts- of handelings-) onbekwaam persoon. Uit artikel 1.4 zou derhalve moeten blijken dat de wilsuïting berust op een vrije en rechtsgeldige wil (i.e. een wil die niet is aangetast door een wilsgebrek en uitgaat van een (rechts- of handelings-)bekwaam persoon), wat momenteel ontbreekt.

5.4 De mededelingsplicht. Het voorgestelde tweede lid van artikel 1.4 en de bijhorende toelichting worden leesbaarder, zo ze als volgt kunnen worden geïnterpreteerd.

²⁰² In het enkele kader van de rechtshandeling

²⁰³ Zie o.m. EHRM 15 oktober 2017, Kudrevicius/Litouwen, §§ 110-116.

²⁰⁴ Zie hiervoor afdeling 4.c randnummer 4.10.

²⁰⁵ Zie hiervoor voetnoot 171.

²⁰⁶ Redelijk in de betekenis die het Grondwettelijk Hof daaraan geeft (zie *infra*).

Er zijn - volgens het voorstel - rechtshandelingen die mededelingsplichtig zijn en er zijn rechtshandelingen die niet mededelingsplichtig zijn. Tot de laatstgenoemde soort behoren volgens ons bijv. een publiek aanbod²⁰⁷, het besluit van een orgaan van een rechtspersoon, ... Volgens artikel 1.4 is de rechtshandeling mededelingsplichtig wanneer zij een bepaalde persoon moet bereiken om uitwerking te hebben. De toelichting parafraseert: om uitwerking te hebben ten opzichte van de persoon tot wie zij is gericht, moet de mededeling de bestemming hebben bereikt (waarbij het voorbeeld van een aanbod en een opzegging worden gegeven).²⁰⁸

Hieruit blijkt dat een rechtshandeling pas mededelingsplichtig is wanneer zij een welbepaalde persoon moet bereiken om uitwerking te hebben.

Wie beslist evenwel of een rechtshandeling een bepaalde persoon moet bereiken om uitwerking te hebben: de wetgever, de rechter, de persoon waarvan de rechtshandeling uitgaat? Eén van hen of kunnen zij dat alle drie? Het voorstel geeft daarop geen antwoord.

Het lijkt aangewezen die macht aan de wetgever voor te behouden en aan de initiatiefnemer (m/v/x) mits aan een aantal door de wetgever bepaalde voorwaarden is voldaan.

De mededelingsplicht strekt er kennelijk toe om de bestemming te verwittigen en derhalve te beschermen, zoals ook de kennisgeving en de kennisneming, die in artikel 1.5 aan bod komen, betrachten.

Het is daarom verantwoord de mededelingsplicht voor te schrijven zodra de rechtshandeling ertoe strekt rechtsgevolgen in het leven te roepen ten nadele van een (bepaalde) persoon, die, precies daarom, van de rechtshandeling op de hoogte moet worden gebracht. Die omschrijving definieert de mededelingsplichtige rechtshandelingen en moet derhalve uit artikel 1.4 blijken.

Evenwel moet ook rekening worden gehouden, wat in het voorstel niet gebeurt, met de mogelijkheid dat de bestemming kennis van de rechtshandeling heeft gekregen zonder voorgaande mededeling. De bewijslast daarvan zal op de initiatiefnemer rusten, maar de effectieve kennis van de bestemming moet volstaan om uitwerking aan de rechtshandeling te geven, om de bestemming bij de les te houden en te vermijden dat hij (m/v/x) zich te kwader trouw gedraagt.

²⁰⁷ Een publiek aanbod vereist geen individuele kennisgeving. Het volstaat dat van dit aanbod kennis kan worden genomen opdat het rechtsgevolgen heeft. Zie o.m. I. CLAEYS EN T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021,

²⁰⁸ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 13.

Uit het voorgaande volgt dat de initiatiefnemer enkel een bijkomende mededelingsplicht in het leven kan roepen wanneer de rechtshandeling slechts rechtsgevolgen ten gunste van de bestemming in het leven roept, zoals bij de afstand van recht (artikel 1.12) gebeurt. Door dergelijke rechtshandeling van een mededeling afhankelijk te maken worden de rechtsgevolgen tot dat latere tijdstip uitgesteld.

Dat alles komt erop neer dat rechtshandelingen die ertoe strekken ten nadele van een welbepaalde persoon rechtsgevolgen in het leven te roepen, mededelingsplichtig zijn en slechts rechtsgevolgen kunnen hebben vanaf de mededeling onder voorbehoud van de kennisneming (artikel 1.5) en onder voorbehoud van eerdere effectieve kennis van de rechtshandeling door de bestemming.

Rechtshandelingen die enkel rechtsgevolgen doen ontstaan ten gunste van een andere (al dan niet bepaalde) persoon zijn niet mededelingsplichtig. Zij hebben meteen rechtsgevolgen voor de initiatiefnemer, tenzij hij (m/v/x) het ontstaan van de rechtsgevolgen tot de mededeling aan of de effectieve kennisname door de bestemming heeft uitgesteld.

5.5 De intrekbaarheid van de wilsuiking. Uitgaande van de, in het voorstel nog nader te omschrijven, mededelingsplicht, kan de wilsuiking, volgens artikel 1.4 worden ingetrokken zolang zij de bestemming niet heeft bereikt. Omdat deze bepaling aansluit bij de bepaling inzake de mededelingsplicht, is aan te nemen dat zij enkel betrekking heeft op de mededelingsplichtige rechtshandeling. Daardoor ontstaat de onterechte indruk dat rechtshandelingen die niet mededelingsplichtig zijn, zonder meer, en op elk tijdstip intrekbaar zouden zijn. Vermits dat niet het geval is, moet het voorstel ook op dat punt worden aangepast.

Er wordt verder geen rekening gehouden met het feit dat de intrekking ook een rechtshandeling is, die mededelingsplichtig kan zijn en die - om nuttig gevolg te hebben - ter kennis van de bestemming moet zijn gebracht vooraleer de oorspronkelijke wilsuiking de bestemming bereikt. Het is nochtans voorspelbaar dat de intrekking met de voorgestelde tekst een bron van betwistingen wordt.

Meer in het algemeen, rijst de vraag of de derde, die rechtmatig mag vertrouwen op de schijn van een “wilsuiting” of “rechtshandeling” door de mededelingsplicht van artikel 1.4 niet ongelijk wordt behandeld in het licht van artikel 1.8, § 5 waardoor een persoon wordt beschermd die rechtmatig mocht vertrouwen op de schijn van bevoegdheid die de vertegenwoordigde uit vrije wil liet ontstaan of voortbestaan. Er lijkt geen redelijke verantwoording voor dat verschil in behandeling te bestaan.

6.- Een mededeling is nog geen kennisgeving

6.1 Kennisgeving - Artikel 1.5 is een merkwaardige bepaling. In de eerste alinea wordt de kennisgeving gedefinieerd als een mededeling van een beslissing of feit verricht door een persoon aan een of meer bepaalde personen. In de tweede alinea wordt het tijdstip bepaald waarop de kennisgeving de bestemming bereikt²⁰⁹. De derde alinea gaat in op elektronische kennisgevingen en het tijdstip waarop zij uitwerking hebben.

6.2 Beslissing of feit. Artikel 1.5 spreekt niet meer over de rechtshandeling, noch over de wilsuiting, maar heeft een veel ruimer spectrum, namelijk dat van de “beslissingen en feiten”. Naar hun extern bestaan, d.w.z. ten overstaan van andere personen dan degene van wie ze uitgaan, zijn rechtshandelingen en wilsuitingen feiten en berusten ze op beslissingen, maar niet alle feiten of beslissingen zijn rechtshandelingen of wilsuitingen.

Uit de voorgestelde wettekst volgt dat de beslissing of het feit niet noodzakelijk moet zijn toe te rekenen aan de persoon, die tot kennisgeving overgaat.

De opstellers voeren in de toelichting aan dat het aangewezen is de kennisgeving te definiëren omdat zij “*een belangrijke rol vervult in het hervormde Burgerlijk Wetboek*”²¹⁰. Wat die rol inhoudt, wordt niet gezegd. Het eerste lid van artikel 1.5 wekt eerder de indruk dat in het algemeen wordt gezegd wat een kennisgeving is²¹¹ om vervolgens te kunnen bepalen wanneer ze is gebeurd en uitwerking heeft²¹². Niet de kennisgeving zelf, maar de kennisneming en het tijdstip waarop – al dan niet beoogde – rechtsgevolgen²¹³ uitwerking krijgen, verklaren artikel 1.5.

6.3 De kennisname. Er is sprake van kennisname wanneer de kennisgeving - die bij de rechtshandeling een mededeling veronderstelt -, op welke wijze ook²¹⁴, de bestemming (m/v/x) heeft bereikt en hij (m/v/x) er kennis van heeft genomen of er redelijkerwijze kennis van had kunnen nemen. De effectieve kennisname is een feitelijke aangelegenheid, te

²⁰⁹ In de toelichting wordt verwezen naar de geldende kennisnemingsleer. Zie Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 14.

²¹⁰ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 14.

²¹¹ Wat de Franse tekst duidelijker zegt.

²¹² Ongeacht de omstandigheden waarin ze zich voordoet (wettelijke regeling; contractuele verplichting of mogelijkheid; eenzijdige beslissing ...).

²¹³ Van een rechtshandeling of van een rechtsfeit.

²¹⁴ Met uitzondering van kennisgevingen langs elektronische weg.

bewijzen door de persoon die zich op de effectieve kennisname beroept. Vermits de kennisgever zich niet steeds bij de bestemming bevindt op het moment van de effectieve kennisname of daarvan het bewijs niet kan leveren, kan de bestemming de kennisgever aan het lijntje houden. Om de bestemming in te tomen²¹⁵, wordt door de rechtspraak aangenomen dat de bestemming meteen bij ontvangst dan wel binnen een redelijke termijn kennis neemt van de mededeling. Dit feitelijke vermoeden kan door de bestemming worden weerlegd door aan te tonen dat hij er pas later kennis kon van nemen dan wel dat hij door omstandigheden geen kennis kon nemen van de mededeling.

Die genuanceerde benadering wordt door het wetsvoorstel geobjectiveerd tot het tijdstip waarop de bestemming “redelijkerwijze kennis van (de mededeling) had kunnen nemen”, door de mogelijkheid van tegenbewijs niet voor te schrijven. Van de rechter wordt met andere woorden verwacht dat hij een theoretisch tijdstip²¹⁶ bepaalt waarop de bestemming, gelet op de feitelijke omstandigheden, volgens de rechter, van de mededeling die hem bereikte, kennis had kunnen nemen. Aan de bestemming kan met andere woorden het ultieme tegenbewijs worden ontnomen dat hij van de kennisgeving die hem weliswaar bereikte, door omstandigheden geen kennis kon nemen. Met de voorgestelde bepaling kan de rechter immers wanneer hij meent dat de bestemming redelijkerwijze eerder kennis had kunnen nemen van het ontvangen bericht, bijvoorbeeld door de inschakeling van een tussenpersoon, besluiten dat de kennisgeving de bestemming heeft bereikt. Het voorgestelde artikel 1.5 zou derhalve moeten worden aangevuld met de mogelijkheid voor de bestemming om het vermoeden van kennisname te weerleggen.

Of die inkorting van de bewijsmogelijkheden, waarvoor het EHRM en de rechterlijke macht in het Unie-verband gevoelig zijn, en dus van, onderliggende, mensen- en grondrechten redelijk verantwoord is, moet nog blijken. De toelichting gaat daaraan in elk geval voorbij.

6.4 De elektronische kennisname. De opstellers lichten toe dat de kennisname via elektronische weg een andere risicoverdeling en, in het bijzonder, een betere bescherming van de bestemming verantwoordt. Zij menen dat het niet aan de bestemming is om zich zorgen te maken om de goede ontvangst van het bericht, maar aan de verzender die immers

²¹⁵ En de kennisgever, in dezelfde mate, te beschermen.

²¹⁶ Dat zich niet in de feiten heeft voorgedaan.

bijkomende maatregelen kan nemen. Het gebruik van e-mail om een bericht over te maken aan de bestemming houdt volgens de opstellers een risico van rechtsonzekerheid in omdat de kans bestaat dat de bestemming het e-mailadres niet meer gebruikt of dat de e-mail door antispamsoftware wordt tegengehouden. Hoewel deze situaties onder de controle van de bestemming liggen (vermits hij (m/v/x) van e-mailadres verandert en de gehanteerde antispambeschermingsinstellingen bepaalt), wordt het risico toch bij de verzender gelegd²¹⁷. Om het risico van rechtsonzekerheid voor de bestemming te beperken, moet de elektronische kennisname, volgens hen, door de effectieve kennisname worden bewezen. Slechts wanneer de bestemming voorafgaandelijk het gebruik van zijn elektronische adres²¹⁸ voor kennisgevingen heeft aanvaard, zal ook tot kennisname kunnen worden besloten wanneer hij (m/v/x) redelijkerwijze van de mededeling kennis had kunnen nemen. In de toelichting wordt gepreciseerd dat *“deze aanvaarding moet worden beperkt tot de context waarin ze is gegeven”*²¹⁹, maar daardoor wordt niet bepaald onder welke omstandigheden tot een voorafgaandelijke aanvaarding van het gebruik van een elektronisch adres met het oog op een kennisgeving kan worden besloten. Kan dergelijke aanvaarding bijvoorbeeld, worden afgeleid uit het feit dat de verzender en de bestemming eerder elektronisch met elkaar communiceerden?

De moeilijkheden waarop artikel 1.5, derde lid ingaat, doen zich trouwens niet enkel voor wanneer de kennisname elektronisch gebeurt. Bij kennisgeving met een brief of met de telefoon blijken ze even aanzienlijk te zijn. Uit het bewijs van de verzending van een brief of van een telefonische oproep kan noch de aankomst van de brief, noch de inhoud van het telefoongesprek worden afgeleid. Wordt de bestemming van een brief of van een telefonische oproep wel op gelijke wijze behandeld als de bestemming van een elektronische mededeling? Waarom moet voor de elektronische kennisgeving het gebruik van het elektronisch adres aanvaard worden en moet er in de andere gevallen geen aanvaarding zijn van het gehanteerde communicatiemiddel of adres, opdat *“het redelijkerwijs kennis kunnen nemen”* kan spelen? Kan een telefoonnummer, adres of ander communicatiemiddel ook niet gemakkelijk worden gewijzigd?

²¹⁷ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001-033, p. 14.

²¹⁸ Of van een ander elektronisch telecommunicatiemiddel.

²¹⁹ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 14.

De bepaling verwijst bovendien ook naar enig ander telecommunicatiemiddel. Aldus lijkt naast andere communicatiemiddelen zoals SMS, WhatsApp, Messenger, ... berichten ook de steeds gangbaarder wordende praktijk van grote ondernemingen te worden geïllustreerd die erin bestaat om - omwille van kostenbesparingen - kennisgevingen te doen via (geautomatiseerde) elektronische communicatiemiddelen die zij zelf onder controle hebben en waarbij kennisgevingen niet meer individueel bij de bestemming toekomen maar integendeel een initiatief vereisen vanwege de bestemming om kennis te nemen van een bericht (cfr. de praktijk van banken of nutsbedrijven om de kennisgevingen op hun eigen communicatieplatform ter beschikking te stellen, waarbij de klant zelf het communicatieplatform regelmatig moet raadplegen teneinde geen belangrijke mededelingen te missen²²⁰).

Dat die communicaties ook geïllustreerd worden door het voorstel is misschien niet problematisch, mits beide partijen op een gelijke manier behandeld worden. In de praktijk wordt aan de bestemming evenwel vaak de mogelijkheid ontnomen om via hetzelfde communicatiemiddel te reageren op ontvangen kennisgevingen dan wel om zelf kennisgevingen te doen (de onderneming legt het gebruik van dat middel op voor haar mededelingen, maar omgekeerd kan de klant dit middel niet gebruiken). In die context schept het voorstel meer een schijn van bescherming dan een werkelijke bescherming van de bestemming. Degene die het communicatiemiddel wenst te gebruiken zal zich immers steeds vergewissen van de aanvaarding ervan door de bestemming (bijv. via de aanvaarding van algemene voorwaarden) en zo zorgen voor de uitschakeling van de beoogde bescherming.

Indien de kennisgeving langs elektronische weg via een aanvaard elektronisch adres kan gebeuren en rechtsgevolgen kan hebben wanneer de bestemming redelijkerwijze van de mededeling kennis had kunnen nemen, moet die regel minstens in de twee richtingen werken om beide partijen (de verzender en de bestemming) op gelijke wijze te behandelen. In de verhouding met een onderneming moet de klant aldus op dezelfde wijze aan de onderneming kennisgevingen kunnen doen, als de kennisgevingen die de onderneming voor hem (m/v/x) bestemt. In het gegeven voorbeeld, moet de onderneming dus mogelijk maken en aanvaarden

²²⁰ Een recent voorbeeld hiervan is de communicatie van de banken tijdens de covid-19 crisis aangaande de bijzondere maatregelen inzake opschorting van kredieten. Deze communicatie geschiedde bij verschillende banken via het communicatieplatform van die banken, veelal de mobiele telefoonapplicatie. Binnen deze applicaties is het doorgaans wel mogelijk voor de gebruiker om mededelingen te doen.

dat de klant haar op identieke wijze mededelingen en kennisgevingen doet. Praktijken waarbij de onderneming kennisgevingen aan de klant kan doen via mail, maar zelf via “no reply mail” kennisgevingen per mail aan haar gericht uitsluit, zijn derhalve onrechtmatig en moeten zonder rechtsgevolg blijven.

6.5 De structuur van de artikelen 1.4 en 1.5. Het zou coherenter zijn om artikel 1.4 voor te behouden aan de geldigheidsvoorwaarden van de rechtshandeling (niet enkel de “vrije en rechtsgeldige wilsuiting”) en de mededeling, de kennisgeving en de kennisneming, op elkaar afgestemd, samen in artikel 1.5 te behandelen. De mededeling, de kennisgeving en de kennisneming hebben in Boek 1 immers betrekking op rechtshandelingen, waarvan de rechtsgeldigheid door de partij die hen nastreeft moet kunnen worden verzekerd. Ook de bestemming heeft er belang bij te precies te kunnen bepalen of en wanneer het bericht waarvan hij (m/v/x) kennisneemt (of redelijkerwijze kennis had kunnen nemen) daardoor tot een rechtsgeldige rechtshandeling uitgroeide.

6.6 2281 BW. Artikel 2281 oud Burgerlijk Wetboek, opgenomen in een titel van het oud Burgerlijk Wetboek specifiek gewijd aan de “kennisgeving” bevat een specifieke regeling inzake schriftelijke kennisgeving. Is het de bedoeling deze bepaling af te schaffen?

7.- Tijdsbepaling, voorwaarde en termijnen

7.1 Artikelen 1.6 en 1.7. Volgens artikel 1.6 kunnen de gevolgen van een rechtshandeling²²¹ aan een tijdsbepaling of een voorwaarde worden verbonden, tenzij de wet of haar aard zich daartegen verzet. Artikel 1.7 gaat, gedetailleerd, in op de berekening van termijnen in dagen, uren of maanden.

7.2 Tijdsbepaling of voorwaarde. In de toelichting worden de tijdsbepaling en de voorwaarde gedefinieerd. Die definities horen in de voorgestelde wettekst te worden opgenomen. Ook het onderscheid tussen de schorsende en de uitdovende werking van de tijdsbepaling en voorwaarde zou op zijn plaats zijn in artikel 1.6.

Een nog nijpender probleem, waarop artikel 1.6 het antwoord schuldig blijft, is de volgende vraag : wie beslist dat de gevolgen van een rechtshandeling aan een tijdsbepaling of een voorwaarde zijn verbonden? Het verdient aanbeveling dat daarover in de voorgestelde wettekst stelling wordt genomen. Het ligt voor de hand dat de wetgevers en de bij een rechtshandeling betrokken partijen de gevolgen van een rechtshandeling²²² aan een tijdsbepaling of een voorwaarde kunnen verbinden²²³. De algemene bewoordingen van artikel 1.6 leiden evenwel naar de vraag of zij de enigen zijn? Kunnen de hoven en rechtbanken, bij toepassing van artikel 1.6, tijdsbepalingen en/of voorwaarden aan de gevolgen van rechtshandelingen verbinden, wanneer die noch door de wetgever, noch door partijen werden voorzien²²⁴?

In de toelichting wordt daarop niet ingegaan; de mogelijkheid wordt evenmin uitgesloten. Onzekerheid daarover heeft tot gevolg dat artikel 1.6 onvoldoende toegankelijk en precies is. Indien het de bedoeling is dat de rechter een tijdsbepaling en/of voorwaarde aan de gevolgen van een rechtshandeling kan verbinden, moet de wetgever dat niet alleen voorschrijven, maar moet hij die bevoegdheid ook nauwkeurig afbakenen.

7.3 “Tenzij de wet of haar aard zich daartegen verzet”. De verwijzing naar de wet vergt geen toelichting; die naar “haar aard” vraagt dat des te meer. De “aard” van de wet verwijst,

²²¹ De artikelen 1.6 en 1.7 blijken dus enkel op rechtshandelingen betrekking te hebben.

²²² En, wat de wetgever betreft, eveneens van een rechtsfeit.

²²³ Wat impliciet door artikel 1.7, § 6 wordt bevestigd.

²²⁴ Bijvoorbeeld respijttermijnen en/of – voorwaarden.

klassiek, naar het onderscheid tussen gebiedende en verbiedende wetten²²⁵, enerzijds, en wilsaanvullende wetten, anderzijds. Wordt met die zinsnede bedoeld dat er geen tijdsbepaling of voorwaarde kan worden verbonden aan de gevolgen van een rechtshandeling die door een gebiedende of verbiedende wet wordt beheerst of hebben de opstellers iets anders voor ogen? Hoe dan ook, moet daarin klaarheid worden gebracht. De toelichting doet dat niet. Daarin wordt vermeld dat er uitzonderingen bestaan op de regel dat aan de gevolgen van een rechtshandeling een tijdsbepaling of een voorwaarden kan worden verbonden, namelijk wanneer zulks in strijd is met de wet of “onverenigbaar met de aard van de rechtsverhouding (bijvoorbeeld een huwelijk onder tijdsbepaling)”. Die uitleg laat niet toe de inhoud, zin en draagwijdte te vatten van de woorden “of haar aard zich daartegen verzet”.

7.4 Berekening termijnen. Die berekening betreft, per definitie, de schorsende of uitdovende tijdsbepaling. Het is niet de bedoeling in dit kader op elke technische regel desbetreffend in te gaan. Slechts enkele aandachtspunten komen hierna aan bod.

Uit artikel 1.7, § 6 blijkt dat de voorgestelde berekeningswijze van termijnen van toepassing is tenzij de wet of een rechtshandeling anders bepaalt²²⁶. Is het wel verstandig om aan de rechtsonderhorige de mogelijkheid te geven om met een rechtshandeling af te wijken van de betekenis, die in de tijdsberekening toekomt aan een dag, een week, een maand, een jaar of een uur? ²²⁷ Wordt daarmee geen weg geopend die met valkuilen bezaaid ligt? Wat is overigens de toegevoegde waarde van een termijnsberekening die afwijkt van de in artikel 1.7 bepaalde technische regels, eenmaal zij door de wetgever worden bijgevalen?

Op zichzelf is de regel van artikel 1.7, § 4 eerste lid duidelijk²²⁸: indien de laatste dag van een andere dan in uren omschreven termijn waarbinnen een prestatie of mededeling moet worden verricht, een wettelijke feestdag, een zondag of een zaterdag is, dan loopt deze termijn af bij het einde van het laatste uur van de daaropvolgende werkdag.

De tweede alinea is daarvan het tegendeel: “deze paragraaf is niet van toepassing op termijnen die met terugwerkende kracht vanaf een bepaalde datum of gebeurtenis worden berekend”. Wat wordt daarmee bedoeld? Het is nutteloos soelaas van de toelichting te

²²⁵ Waartoe de wetten van (1) openbare orde, (2) goede zeden en (3) van dwingend recht behoren.

²²⁶ In de toelichting wordt gesproken van “*default rules*” (wilsaanvullende regels).

²²⁷ Door bijvoorbeeld te bepalen dat een dag uit 17 uren, een week uit 3,5 dagen, een maand uit 6 weken, een jaar uit 195 dagen en een uur uit 48 minuten enz. bestaat.

²²⁸ Mits het woordje “behaalde” in de Nederlandse tekst wordt geschrapt.

verwachten. Vermits de vraag of een termijn al dan niet werd geëerbiedigd steeds retrospectief wordt beoordeeld en beantwoord, lijkt het eerste lid van artikel 1.7, § 4 volledig door het tweede lid te worden ondermijnd. In die omstandigheden, is het beter de tweede alinea te schrappen.

8.- Vertegenwoordiging

8.1 Artikel 1.8. In lengte, blijken de berekening van de termijnen en de vertegenwoordiging veruit de belangrijkste bepalingen van het voorgestelde Boek 1 te zijn. Er kan nochtans worden betwijfeld dat de berekening van termijnen en de vertegenwoordiging complexer of belangrijker zijn dan de rechtshandeling, de openbare orde, de wilsuiting en de overige geldigheidsvoorwaarden van rechtshandelingen of het oogmerk om te schaden. Die vaststelling wijst erop dat die kernbegrippen van het (privaat)recht in Boek 1 onderbelicht en onderschat werden.

8.2 De driepartijenverhouding. Artikel 1.8 definieert de vertegenwoordiging²²⁹ en maakt treffend het onderscheid tussen de onmiddellijke²³⁰ en de middellijke vertegenwoordiging²³¹. De vertegenwoordiging verwijst steeds naar een driepartijenverhouding, terwijl in de voorgestelde definitie enkel naar de vertegenwoordiger en de vertegenwoordigde wordt verwezen. De voorgestelde definitie geeft aan dat de vertegenwoordiger wordt “belast” met het stellen van een rechtshandeling en lijkt zo vooral te verwijzen naar de lastgeving, hoewel de lastgeving slechts één verschijningsvorm is van de onmiddellijke vertegenwoordiging, zoals de toelichting zelf aangeeft²³².

Het is dan ook vollediger de vertegenwoordiging als volgt te definiëren: *“er is sprake van vertegenwoordiging wanneer een persoon de bevoegdheid heeft om in naam en voor rekening van of voor rekening van een andere persoon een of meerdere rechtshandelingen met of ten aanzien van een of meerdere derden te stellen”*²³³.

8.3 De bronnen van vertegenwoordiging. Volgens artikel 1.8, § 2 vindt de vertegenwoordiging haar oorsprong in een rechtshandeling, een gerechtelijke beslissing of de wet. De volgorde is symptomatisch: de rechtshandeling in “pole position” en de wet bengelend aan de staart, terwijl de wet nochtans bepaalt welke de geldigheidsvoorwaarden en de rechtsgevolgen van de rechtshandeling zijn. De tussenpositie van de “gerechtelijke

²²⁹ De definitie luidt als volgt: *“Er is sprake van vertegenwoordiging wanneer een persoon ermee belast is een rechtshandeling te verrichten voor rekening van een ander.”*

²³⁰ Onmiddellijk wanneer de vertegenwoordiger de rechtshandeling verricht in naam en voor rekening van de vertegenwoordigde.

²³¹ Middellijk wanneer de vertegenwoordiger de rechtshandeling in eigen naam verricht, maar voor rekening van de vertegenwoordigde.

²³² Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 19.

²³³ Waardoor wordt vermeden dat de derde (m/v/x) pas in artikel 1.8, § 3 zijn opwachting maakt.

beslissing”²³⁴ is opmerkelijk. Het wekt de indruk dat gerechtelijke en arbitrale beslissingen vertegenwoordigingen in het leven kunnen roepen die niet door de wet zijn voorgeschreven. Daarvoor ontbreekt evenwel elke rechtsgrond. Gerechtelijke en arbitrale beslissingen kunnen hoogstens een, door de wet of partijen voorziene, vertegenwoordiging in werking stellen of uitspraak doen over geschillen waartoe de vertegenwoordiging leidt, op voorwaarde dat die beslissingen steunen op wetsbepalingen of rechtshandelingen die hen mogelijk maken. Indien de wetgever, in navolging van de opstellers, zou menen dat gerechtelijke en arbitrale beslissingen voortaan nieuwe en autonome vormen van vertegenwoordiging in het leven kunnen roepen, zou hij niet enkel de Grondwet schenden²³⁵, maar ook nauwkeurig het kader moeten omschrijven waarbinnen die “bevoegdheidsdelegatie” zich zou voordoen. Artikel 1.8, § 2 wordt dus beter als volgt geformuleerd: vertegenwoordiging vindt haar oorsprong in de wet of in rechtshandelingen die de wet toepassen.

8.4 Toerekening van rechtsgevolgen. Niet de voorgestelde tekst van artikel 1.8, § 3, maar wel de bijhorende toelichting vergt enige commentaar. Vooreerst, voeren de ontwerpers met betrekking tot de onmiddellijke vertegenwoordiging aan dat *“aan het vereiste van optreden “in naam van” (...) ook [kan] voldaan zijn, wanneer de derde slechts kennis heeft van het bestaan van de vertegenwoordigde, maar niet van zijn identiteit (zogenaamde bepaalbare vertegenwoordiging)”*. Die toevoeging heeft derhalve betrekking op de kennis van de vertegenwoordiging in hoofde van de derde²³⁶. Dat onderwerp²³⁷ wordt evenwel niet door artikel 1.8 behandeld. Het kan dan ook niet terloops, via de toelichting, een onderdeel van artikel 1.8 worden; het moet ernstig worden genomen en zijn beslag in de wettekst krijgen. Dat aspect moet met andere woorden aan de behandeling van de onmiddellijke vertegenwoordiging worden toegevoegd om de rechtsgevolgen van dit soort van vertegenwoordiging te bepalen.

Even verrassend is dat “paragraaf 3”, volgens de opstellers, geen afbreuk doet *“(...) aan de zakenrechtelijke gevolgen van de commissieovereenkomst. Bij commissie wordt immers*

²³⁴ In de toelichting wordt tevens naar de arbitrale beslissing verwezen. Zie *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 20.

²³⁵ Alleen de wetgever is bevoegd om door middel van wetten grond- en mensenrechten te reguleren en te beperken, wat bij toepassing van de vertegenwoordiging, onderliggend steeds gebeurt.

²³⁶ Blijkbaar wordt vooropgesteld dat die derde kennis heeft van het bestaan van de vertegenwoordiging, maar niet weet dat de persoon waarmee hij handelde de (relevante) vertegenwoordiger was.

²³⁷ Waardoor de rechten en verplichtingen van de drie partijen worden beïnvloed, met impact op hun grond- en mensenrechten.

*aangenomen dat deze gevolgen rechtstreeks worden toegerekend aan de opdrachtgever, de committent*²³⁸. Hiermee spreken de opstellers zichzelf in de toelichting tegen vermits even ervoor het volgende wordt gesteld: *“Treedt de vertegenwoordiger op voor rekening van de vertegenwoordigde, maar in eigen naam, dan spreekt men van middellijke vertegenwoordiging (wat met name het geval is bij naamlening en commissie en uitzonderlijk bij lastgeving. (...) In dat geval vindt geen rechtstreekse toerekening plaats tussen de opdrachtgever en de derde met wie de vertegenwoordiger (bijvoorbeeld de commissionair) heeft gehandeld”*.²³⁹ (onderstreept door de auteurs)

De geciteerde overweging inzake de zakenrechtelijke gevolgen zegt, op zicht van de voorgestelde wettekst, het omgekeerde van wat uitdrukkelijk in artikel 1.8, § 3, tweede lid is opgenomen. Zo een onderscheid is te maken tussen de zakenrechtelijke en de verbintenisrechtelijke werking van de middellijke vertegenwoordiging dan moet dit uitdrukkelijk in de wettekst worden opgenomen. Het is overigens onduidelijk of de toelichting enkel de commissieovereenkomst, dan wel alle vormen van middellijke vertegenwoordiging betreft²⁴⁰.

Indien dergelijke afwijking, die de structuur zelf van de middellijke vertegenwoordiging aantast, wordt overwogen, moet zij in de wettekst zelf worden behandeld, verantwoord en omschreven. Is dat niet het geval dan worden de zakenrechtelijke gevolgen ook door de bepaling van artikel 1.8, § 3, tweede alinea gereguleerd.

8.5 Bevoegdheidsoverschrijding. Artikel 1.8, § 4 regelt, gedeeltelijk, de situatie tussen de drie partijen, wanneer de vertegenwoordiger, in het kader van de onmiddellijke vertegenwoordiging, de grenzen van zijn bevoegdheid heeft miskend. In die hypothese verbindt de rechtshandeling de vertegenwoordigde niet ten aanzien van de derde. Noch de wettekst, noch de toelichting behandelen evenwel de vraag of er, in die hypothese, wel een rechtshandeling tussen de vertegenwoordiger en de derde is totstandgekomen (en, bijvoorbeeld, of de vertegenwoordiger gebonden is door die rechtshandeling), wat voor die

²³⁸ Met verwijzing naar het proefschrift van I. SAMOY. Zie Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 21.

²³⁹ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 21.

²⁴⁰ Indien enkel de commissieovereenkomst wordt beoogd, moet het verschil in behandeling ten aanzien van andersoortige middellijke vertegenwoordiging worden verantwoord.

partijen minstens even belangrijk is²⁴¹. Dat aspect en zijn rechtsgevolgen moeten eveneens in de wet worden behandeld.

Wanneer de vertegenwoordigde, ondanks de bevoegdheidsoverschrijding, de rechtshandeling van de vertegenwoordiger bekrachtigt, verbindt de rechtshandeling hem wel ten aanzien van derden (artikel 1.8, § 3 eerste lid *in fine*). Het tweede lid voegt daaraan toe dat de bekrachtiging terugwerkt tot op de datum waarop de rechtshandeling is verricht, onverminderd de door derden verkregen rechten.

Zo de wetgever met de term bekrachtiging de bevestiging in de zin van het voorgestelde artikel 5.61 beoogt, impliceert de verwijzing naar de mogelijkheid van bekrachtiging dat de, met bevoegdheidsoverschrijding door de vertegenwoordiger tot stand gebrachte rechtshandeling én de daardoor tot stand gebrachte rechtsverhouding tussen de vertegenwoordigde en de derde, volgens de opstellers, relatief nietig zijn zolang zij niet werden bekrachtigd.²⁴²

Er kan evenwel slechts sprake zijn van een bekrachtiging/bevestiging indien er een gebrekkige, vernietigbare rechtshandeling voorligt. Bij een bevoegdheidsoverschrijding door de vertegenwoordiger ontbreekt die evenwel tussen de vertegenwoordigde en de derde: in de verhouding tussen de vertegenwoordigde en de derde is eerstgenoemde niet verbonden, aldus artikel 1.8, § 4 eerste lid. De bekrachtiging bevestigt die toestand (zonder verbondenheid) en kan aldus niet rechtsbepalend zijn. Om aan de bekrachtiging een rechtsgevolg te geven, zou artikel 1.8, § 4 eerste lid derhalve moeten bepalen dat de bevoegdheidsoverschrijding een relatief nietige rechtshandeling tussen de vertegenwoordigde en de derde genereert, die door de vertegenwoordiger kan worden bevestigd.

Er is bijkomend op te merken dat artikel 5.61 een regeling inzake de bevestiging van de relatieve nietigheid bevat. In het licht van de artikelen 10 en 11 Grondwet kan niet worden verantwoord dat de bekrachtiging / bevestiging in de zin van artikel 1.8, § 4 naar inhoud, zin en draagwijdte zou verschillen van de bevestiging geïntroduceerd door artikel 5.61.

²⁴¹ Er wordt aangenomen dat als de vertegenwoordiger buiten zijn bevoegdheid handelt, hij ook niet gebonden is ten aanzien van de derde omdat hij niet de wil zou hebben gehad om persoonlijk gebonden te zijn. Hij zou wel buitencontractueel aansprakelijk gesteld kunnen worden door die derde. Zie o.a. J. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, p. 262, nr. 329.

²⁴² Zie artikel 5.61 (Boek 5) met betrekking tot de bevestiging van een relatief nietige overeenkomst. In de algemene bepalingen wordt niet ingegaan op de vraag of de bekrachtiging en de bevestiging verschillende rechtsfiguren in het voortstel van Boek 1 en 5 zijn.

Zo de wetgever met de term bekrachtiging niet de bevestiging in de zin van artikel 5.61 zou beogen, maar wil aangeven dat de vertegenwoordigde, ondanks de bevoegdheidsoverschrijding, steeds kan beslissen in te stemmen met de “rechtshandeling”, zou de tekst eerder moeten spreken van een aanvaarding van de bevoegdheidsoverschrijding door de vertegenwoordigde. De tekst geeft dan best aan dat vertegenwoordiging bij bevoegdheidsoverschrijding geen uitwerking ten aanzien van de vertegenwoordigde kan hebben, tenzij de vertegenwoordigde die uitwerking alsnog aanvaardt.

De bekrachtiging/bevestiging (aanvaarding) werkt terug tot op de datum waarop de rechtshandeling is verricht, onverminderd de, door derden, verkregen rechten. Het betreft de rechten die derden tussen het tijdstip van de litigieuze rechtshandeling en de bekrachtiging ervan, ten aanzien van de vertegenwoordigde, de vertegenwoordiger of de derde zouden hebben verworven. Die bescherming van derden overstijgt de hypothese van de bevoegdheidsoverschrijding en verdient op zichzelf een algemene bepaling.²⁴³

Met betrekking tot de bevoegdheidsoverschrijding is ten slotte op te merken dat zij zich eveneens in het kader van de middellijke vertegenwoordiging kan voordoen, wat, in die hypothese, moet doorwerken op de afrekening tussen de middellijke vertegenwoordiger en de vertegenwoordigde. Hierover wordt, zonder enige toelichting, echter niet gesproken in artikel 1.8.

8.6 Het rechtmatig vertrouwen. Wanneer de derde rechtmatig mocht vertrouwen op de schijn van bevoegdheid die de vertegenwoordigde uit vrije wil heeft doen ontstaan of laten voortbestaan, is de vertegenwoordigde door de rechtshandeling van de vertegenwoordiger verbonden, ook zonder fout vanwege de vertegenwoordigde en zonder bekrachtiging.²⁴⁴

Artikel 1.8, § 5 heeft een ruimer toepassingsgebied dan de vierde paragraaf: het rechtmatig vertrouwen van de derde corrigeert niet enkel de bevoegdheidsoverschrijding door de vertegenwoordiger, maar ook de – gebeurlijke – afwezigheid van vertegenwoordigingsbevoegdheid.

²⁴³ Zie hierna randnummers 8.9 en 8.10.

²⁴⁴ Die bepaling lijkt zowel voor de onmiddellijke, als de middellijke vertegenwoordiging te gelden.

Volgens de toelichting wordt de derde (m/v/x) door het rechtmatig vertrouwen beschermd wanneer hij “te goeder trouw” met een slechts in schijn bevoegde vertegenwoordiger heeft gehandeld.

Tevergeefs wordt in het voorstel van wettekst of in de toelichting gezocht naar een omschrijving van het rechtmatig vertrouwen of van de te goeder trouw handelende derde.

Uit de toelichting bij artikel 1.9 blijkt nochtans dat de opstellers daarmee vertrouwd zijn. Zij schrijven daar namelijk dat met de “subjectieve goede trouw” wordt bedoeld het “niet kennen” of het “niet behoren te kennen” van bepaalde rechtsfeiten of rechtshandelingen.²⁴⁵

Zo de goede trouw in artikel 1.8 naar deze notie van “subjectieve goede trouw” verwijst, komt het rechtmatig vertrouwen dus in het gedrang wanneer de derde, die zich daarop beroept, kennis heeft (had) of behoorde te hebben van de afwezigheid van vertegenwoordigingsbevoegdheid of van de inhoud, zin en draagwijdte ervan. In die hypothese kan hij zich niet rechtmatig op een schijn van bevoegdheid beroepen. In dat kader schakelt zowel de effectieve kennis van de derde als een tekortkoming aan de informatie-inwinningsverplichting het rechtmatig vertrouwen uit. Gelet op artikel 1.9, zou dat *expressis verbis* uit artikel 1.8, § 5 zou moeten blijken. Onafhankelijk van het bestaan van rechtmatig vertrouwen moet de gewekte schijn van bevoegdheid, zoals de opstellers in de toelichting benadrukken, “toerekenbaar zijn aan een handeling die de schijnvertegenwoordigde vrijwillig heeft verricht”.²⁴⁶

Onduidelijk is daarentegen waarom de opstellers in de toelichting naar de correctiemechanismen van de zaakwaarneming en de ongeoorloofde verrijking verwijzen. Wat is het nut van die correctiemechanismen wanneer artikel 1.8, § 5 wordt toegepast? Beogen de opstellers daarmee de situatie waarin de derde erin faalt de schijn van bevoegdheid aan de schijnvertegenwoordigde toe te rekenen?²⁴⁷. Om welke goede reden zouden, in laatstgenoemde hypothese, de zaakwaarneming en de ongerechtvaardigde verrijking dan de enige correctiemechanismen zijn? In het licht van de toegankelijkheid van de rechtsregel, moet in de wettekst worden aangegeven welke andere correctiemechanismen eveneens in dergelijke hypothese kunnen worden ingeroepen (o.m. de buitencontractuele

²⁴⁵ In werkelijkheid volstaan het “kennen” of het “behoren te kennen” van feiten, omstandigheden, gebeurtenissen; hun juridische kwalificatie als rechtsfeit of als rechtshandeling is bij de beoordeling van het bestaan van rechtmatig vertrouwen of het te goeder trouw handelen niet relevant. Zie de bespreking van artikel 1.9 in afdeling 9.

²⁴⁶ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 21.

²⁴⁷ Of geen rechtmatig vertrouwen kan bewijzen?

aansprakelijkheid, de onverschuldigde betaling, ...).

8.7 Foutieve uitoefening. Het is mogelijk dat een vertegenwoordiger, zonder bevoegdheidsoverschrijding, een fout begaat in de uitoefening van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Wat daarvan de rechtsgevolgen op de driepartijenverhouding zijn, wordt niet besproken in het voorstel en evenmin in de toelichting. Dit zou in de wettekst moeten worden uitgewerkt.

8.8 De vertegenwoordiger als tegenpartij en dubbel mandaat. De regeling inzake vertegenwoordiging in Boek 1 behoudt ook het stilzwijgen over twee netelige aspecten van de vertegenwoordiging. Het eerste aspect betreft de vraag of de vertegenwoordiger zelf ook als tegenpartij kan en mag optreden. Het Hof van Cassatie besliste dat dit niet kan²⁴⁸. Het tweede aspect betreft de vraag of een persoon kan handelen als vertegenwoordiger van twee (of meer) partijen met een onderscheiden belang (het zogeheten “dubbelmandaat”). Er wordt meestal aangenomen dat zulks mogelijk is op voorwaarde dat de vertegenwoordigde partijen kennis van het dubbelmandaat hebben en daarmee minstens impliciet hebben ingestemd, en dat het dubbelmandaat niet wordt uitgesloten door bijzondere rechtsregels bijv. inzake belangenconflicten²⁴⁹.

Het stilzwijgen van artikel 1.8 is problematisch. De twee hypothesen zijn met elkaar vergelijkbaar en een verschil in behandeling moet dan ook worden verantwoord op grond van redelijke en objectieve criteria.²⁵⁰

Indien het zgn. dubbelmandaat onder welbepaalde voorwaarden wordt geduld, moet worden verantwoord waarom de vertegenwoordiger niet onder dezelfde voorwaarden als tegenpartij kan optreden. Indien de vertegenwoordiger de bekwaamheid mist om als tegenpartij op te treden, moet – anders gezegd – worden verantwoord waarom het zgn. dubbelmandaat, weliswaar onder nader te bepalen voorwaarden, kan worden geduld.

Om betwistingen te vermijden, moet de knoop in de beide hypothesen door de wetgever worden ontward.

²⁴⁸ Cass. 18 maart 2004, AR C.02.0249.N.

²⁴⁹ J. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, p. 263, nr. 332.

²⁵⁰ In de betekenis die het Grondwettelijk Hof daaraan geeft, o.m. in het licht van de artikelen 10-11 Grondwet.

8.9 De bescherming van de rechten van “derden”. Samen met de rechtspersoon, voornamelijk wanneer hij van de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid geniet, liggen de conventionele en organieke vertegenwoordiging aan de basis van de versnelling van het economisch en financieel (rechtsverkeer). Tussen die (juridische) technieken, gebaseerd op ficties, en de onbegrensde accumulatie en concentraties van inkomsten en rijkdom, bestaat een rechtstreeks verband. Gelet op het ongelijkheidsvraagstuk is het dan ook geen overbodige luxe nauwgezet toe te kijken op de werking van de vertegenwoordiging en de daarmee bereikte resultaten.

De bescherming van de rechten van “derden” (“anderen”) is die belangstelling meer dan waard, vermits elke persoon voor elke andere persoon een derde is en derhalve tot “de anderen” behoort.

De bescherming van de rechten van derden is derhalve de beste bescherming van de eigen rechten.

De in het voorstel hernomen “regels” inzake bevoegdheidsoverschrijding en rechtmatig vertrouwen hernemen rechtsregels, uitgewerkt door de rechtspraak, om het toepassingsgebied van de (vnl. conventionele en organieke) vertegenwoordiging uit te breiden. Zij dragen daardoor bij tot de versnelling van het economisch en financieel (rechts)verkeer en benadrukken, impliciet, het belang daarvan.

De bescherming van de rechten van derden (anderen) blijkt in dat verband een kneusje te zijn, waarvoor de neus wordt opgetrokken. Hoewel is te benadrukken dat de, bij de driepartijenverhouding betrokken personen of sommigen ervan, onder omstandigheden, ook zelf tot die derden (anderen) kunnen behoren.

Dat gebrek aan belangstelling voor de rechten van “derden” die in het privaatrecht niet tot de vertegenwoordiging is beperkt²⁵¹, doet afbreuk aan de bescherming van de rechten van anderen (derden) waarvoor de wetgever, zoals door het EVRM wordt bevestigd, grondwettelijk moet instaan. Dat kan, bij wijze van voorbeeld, als volgt worden toegelicht.

8.10 Andermans eigendomsrecht en rechtmatig vertrouwen. De toepassing van artikel 1.8,

²⁵¹ Zie ook hierna met betrekking tot het verbod van rechtsmisbruik (artikel 1.10).

§ 5 leidt ertoe dat een derde de uitvoering van een “rechtshandeling” door de vertegenwoordigde “kan eisen”. Laatstgenoemde (m/v/x) zal iets moeten geven, doen, nalaten of garanderen afhankelijk van het voorwerp van de, door de schijnbare “rechtshandeling”, in het leven geroepen verbintenissen. Zijn vermogen en/of rechten zullen daardoor worden verminderd. Zijn schuldeisers worden daardoor eveneens, bij weerkaatsing, getroffen; ook hun vermogen en rechten worden getroffen.

Het vermogen, waartoe ook de onlichamelijke zakelijke en persoonlijke rechten behoren²⁵², wordt door het eigendomsrecht (artikel 16 Grondwet; artikel 1 Eerste Aanvullend Protocol – EAP – bij het EVRM) beschermd.

De wetgever kan het eigendomsrecht van een titularis in het algemeen belang ontnemen, beperken of verstoren²⁵³. Zowel het EVRM als het Grondwettelijk Hof werkten criteria uit die de wetgever moet eerbiedigen om het eigendomsrecht, in overeenstemming met de Grondwet en het EVRM te ontnemen, te beperken of te verstoren.

Zonder in dit kader in detail op die rechtspraak in te gaan, kan worden vastgesteld dat de ontneming of beperking van het eigendomsrecht moet beantwoorden aan een *“billijk evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang en die van de bescherming van het recht op ongestoord genot van de eigendom”*²⁵⁴.

In geval van verstoring rijst de vraag of de overheid een vergoeding verschuldigd is, wat afhankelijk is van het antwoord op de vraag of de eigendomsverstoring “buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico valt” en op een beperkte groep van personen rust²⁵⁵.

Het hoeft geen betoog dat de eigendomsontneming, -beperking of -verstoring die gepaard gaat met de toepassing van artikel 1.8, § 5 in hoofde van de persoon die aan het rechtmatige vertrouwen gevolg moet geven of daarvan de gevolgen moet dragen, niet aan die criteria wordt getoetst wanneer door de hoven en rechtbanken wordt onderzocht en bepaald of de schijn van bevoegdheid uit vrije wil van de “vertegenwoordigde” ontstond, dan wel kon voortbestaan, zelfs zonder zijn fout.

Die toerekening op basis van andermans rechtmatig vertrouwen houdt geen rekening met de eigendomsontneming, -beperking of -verstoring waartoe zij lastens de vertegenwoordigde en

²⁵² Zie o.m. GwH 28 september 2017 (105/2017), B.18.2, GwH 9 februari 2017 (15/2017), B.17.3.

²⁵³ Artikel 1 EAP; die idee blijkt ook uit artikel 3.50 van het nieuw BW dat verwijst naar de rechten van derden.

²⁵⁴ Zie o.m. GwH 17 mei 2018 (59/2018), B 6.2 en B.10 tot B. 11.4; GwH 18 januari 2018 (7/2018), B. 17.1 tot B.20; GwH 28 september 2017 (105/2017), B.18.3; GwH 9 februari 2017 (12/2017), B.9 tot B.14.

²⁵⁵ Zie o.m. GwH 1 oktober 2015 (132/2015), B. 8.2 tot B.10.1, HwH 10 november 2016 (140/2016), B.13.1 tot B.16.

zijn schuldeisers aanleiding geeft. Die toerekening moet dan ook worden herbekeken in het licht van de bescherming van de rechten van derden, in het bijzonder (doch niet uitsluitend) hun eigendomsrecht.

De regels inzake de (conventionele en organieke) vertegenwoordiging moeten dan ook worden herbekeken in het licht van de bescherming van de rechten van derden, in het bijzonder (doch niet uitsluitend) hun eigendomsrecht).

9.- De geheimen van de goede en kwade trouw

9.1 Subjectieve goede trouw - Artikel 1.9 decreteert dat *“de goede trouw wordt vermoed”* waarop een poging volgt om de kwade trouw te definiëren: *“een persoon is te kwader trouw, wanneer hij de feiten of de rechtshandeling, waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben, kende of in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen”*.

Zeer opvallend sluit de toelichting bij artikel 1.9 niet aan op de tekst ervan, zodat de vraag rijst wat de opstellers precies beoogden, dan wel of zij de waakzaamheid van de wetgever hebben willen testen?

9.2 Een vermoeden van subjectieve goede trouw zonder mogelijkheid van tegenbewijs?

De voorgestelde tekst van artikel 1.9 doet denken aan het (intussen ter ziele gegane) artikel 2268 oud BW inzake de verkrijgende verjaring dat het volgende bepaalde: *“Goede trouw wordt steeds vermoed, en hij die zich op kwade trouw beroept, moet die bewijzen.”* Daaruit volgde dat het zgn. vermoeden van (subjectieve) goede trouw voor tegenbewijs vatbaar was. Artikel 2268 oud BW greep in op de bewijslastverdeling: niet de persoon die zich op de goede trouw beroept, moet het bestaan ervan bewijzen²⁵⁶, maar de persoon die de goede trouw betwist, moet het bewijs van de kwade trouw leveren. Het is onduidelijk of diezelfde draagwijdte aan het voorgestelde artikel 1.9 toekomt. Er volgt niet zonder meer uit artikel 1.9 dat het zgn. vermoeden van goede trouw voor tegenbewijs vatbaar is. Een omschrijving van de kwade trouw volstaat daartoe, in beginsel, niet.

9.3 Artikel 1.9 en het bewijsrecht. Ook wanneer artikel 1.9 aldus wordt uitgelegd dat het zgn. vermoeden van goede trouw weerlegbaar is, rijst de vraag hoe de impliciete, door artikel 1.9 beoogde bewijslastverdeling zich verhoudt tot de basisregels van het bewijsrecht, die door de artikelen 8.3 (algemene regels met betrekking tot het voorwerp van het bewijs) en 8.4 (regels die de bewijslast verdelen) nieuw BW worden vertolkt.

De toepassing van de artikelen 8.3 en 8.4 leidt ertoe dat de persoon (m/v/x) die zich op zijn goede trouw beroept daarvan de bewijslast en het bewijsrisico draagt.

Hoe kan, gelet op de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, worden verantwoord dat een

²⁵⁶ Hij (m/v/x) levert dat bewijs door het “wettelijk” vermoeden van goede trouw.

andere persoon de beweerde en vermoede goede trouw moet weerleggen door het bewijs van de kwade trouw te leveren en daarvan het bewijsrisico moet dragen? Als “buitenstaander” wordt die persoon met aanzienlijker bewijsmoeilijkheden geconfronteerd dan de persoon die, in beginsel, over alle bewijselementen beschikt om zijn goede trouw aan te tonen.

9.4 Is de (subjectieve) goede trouw een algemeen bekend feit? Sinds oudsher is bekend dat het met de mens oppassen is geblazen. Het volstaat om kennis te nemen van de geschriften van DOMAT,²⁵⁷ van de opstellers van het BW van 1804²⁵⁸ van LAURENT²⁵⁹ of van DE PAGE²⁶⁰ om vast te stellen dat zij zich geen illusies over de goede trouw van de mens maakten. Zij legden integendeel de nadruk op de “kwade trouw” en inborst waarmee hij (m/v/x) kan handelen. Zij beschouwen de tussenkomst van God (DOMAT), van de wetgever (de opstellers van het BW van 1804 en LAURENT) of van de rechter (DE PAGE) onontbeerlijk om zijn kwalijke inborst onder controle te houden of te krijgen.

Het volstaat rond te kijken of de pers, in welke vorm ook, te raadplegen om te weten dat hun vaststellingen, in 2021, nog steeds gelden.²⁶¹

Minstens bestaan er evenveel redenen om te beweren dat het een algemeen bekend feit is dat de mens er niet voor terugdeinst te kwader trouw te handelen, zoals uit de vaststellingen van DOMAT, de opstellers van het BW van 1804, LAURENT en DE PAGE blijkt.

In die omstandigheden kan geen beroep op artikel 8.3 nieuw BW worden gedaan om het voorgestelde artikel 1.9 te verantwoorden²⁶².

Dat een mens niet steeds te goeder trouw handelt en er niet voor terugdeinst te kwader trouw te handelen (“*un moment de honte est vite oublié*”) behoort tot de algemeen bekende feiten en tot de ervaringsregels waardoor iedereen op zijn hoede is of behoort te zijn.

Een vermoeden van goede trouw en het daarmee gepaard gaande bewijsvoordeel kunnen derhalve niet naar redelijkheid worden verantwoord²⁶³.

²⁵⁷ DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, Parijs, Covelier, 1771, IX, II en III, *Traité des lois*, chapitre IX, I, II en III (de eerste uitgave dateert van 1665, lang voor ADAM SMITH in de pen kroop).

²⁵⁸ BIGOT DE PRÉAMENEU, PORTALIS en THIESSE spraken zich daarover uit zoals blijkt uit LOCRÉ, *op.cit.*, I, 180 en 360 alsmede VI, 148.

²⁵⁹ F. LAURENT, *Principes*, I, o.c. 68-73.

²⁶⁰ H. DE PAGE, *Traité*, I, o.c., 122-123.

²⁶¹ Zie in dezelfde zin CHR. DE DUVE, *The genetics of the original sin*.

²⁶² Wat de opstellers in de toelichting overigens niet doen. Artikel 8.3 nieuw BW bepaalt dat “*algemeen bekende feiten of ervaringsregels niet bewezen moeten worden*”.

²⁶³ Het verschil in (bewijs)behandeling botst met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en met de onderliggende grond- en mensenrechten.

Afgezien daarvan, moet de vraag of een persoon al dan niet te goeder of te kwader trouw handelde, niet *in abstracto*, op grond van een wetsbepaling, maar in concreto, in functie van de omstandigheden en hun bewijs,²⁶⁴ worden bantwoord. Noch in feite, noch in rechte bestaat er enige reden om, bij wijze van wettelijk vermoeden, in het algemeen en *in abstracto* van de goede of de kwade trouw van een persoon uit te gaan.

Beide mogelijkheden moeten *in concreto*, in functie van de bewezen omstandigheden worden afgewogen.

De mogelijkheid dat te kwader trouw wordt gehandeld, verantwoordt daarentegen wel wettelijke correctiemechanismen om daar paal en perk aan te stellen.²⁶⁵

Door het vermoeden van de goede trouw wordt door de wetgever niet enkel het te kwader trouw handelen in bescherming genomen en bijgevolg gestimuleerd (aangezien gespeculeerd wordt op de toepassing van dit vermoeden), bovendien wekt de wetgever hiermee de verkeerde indruk bij de burger dat hij (m/v/x/) niet op zijn hoede moet zijn, maar integendeel mag uitgaan van de goede inborst van de anderen. Om deze reden verdient het vermoeden te worden afgeschaft.

9.5 Het voorgestelde artikel 1.9 en Boek 3 nieuw BW. Artikel 2268 oud BW werd door de wetgevers in een nieuwe vorm gegoten. Artikel 3.22 nieuw BW bepaalt namelijk: *“De bezitter is te goeder trouw als hij er rechtmatig mag op vertrouwen dat hij titularis is van het recht dat hij bezit. De goede trouw wordt vermoed, behoudens tegenbewijs.”*

Hoewel de wetgever aldus blijft vasthouden aan een feitelijk vermoeden van goede trouw²⁶⁶, was hij in het goederenrecht zo verstandig om uitdrukkelijk het tegenbewijs voor te schrijven en vooral om aan de goede trouw een inhoud te geven, afgestemd op Boek 3.

In de toelichting bij artikel 3.22 wordt immers benadrukt dat de goede trouw een *“meergelaagd begrip is waarvan de definitie afhangt van de specifieke verschijningsvormen”* en talrijke toepassingen in het goederenrecht kent.²⁶⁷ Er wordt aan toegevoegd: *“Op dit ogenblik leidt men dit vermoeden in het algemeen af uit een bepaling die enkel de verkorte*

²⁶⁴ Volgens de regels thans aan te treffen in Boek 8 nieuw BW.

²⁶⁵ Zoals door het verbod om van de openbare orde, inclusief de goede zeden, af te wijken; door het verbod bedrieglijk te handelen...

²⁶⁶ Wat neerkomt op het hiervoor bestreden verschil in bewijsbehandeling.

²⁶⁷ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel van 16 juli 2019 houdende invoeging van boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek *Parl. St. Kamer*, 2019, 55-0173/001 p. 55.

verkrijgende verjaring betreft. Hier wordt ze op algemene wijze voor het bezit en zijn gevolgen ingeschreven. Men kan niet nog verder gaan, aangezien de gevolgen van de goede trouw in het huidige Boek zich ook in het verbintenissenrecht situeren (schadevergoeding, enz.)”.

Het voorgestelde artikel 1.9 gaat “nog verder” dan artikel 3.22 nieuw BW, zodat minstens in artikel 1.9 de voorzorg moet worden genomen te bepalen dat de wet anders kan beslissen om een wetsconflict te voorkomen.

9.6 Het voorgestelde artikel 1.9 en het voorgestelde Boek 5. Boek 5 bevat meerdere verwijzingen naar de goede trouw²⁶⁸, waarbij in het midden wordt gelaten in welke zin (objectief dan wel subjectief²⁶⁹) de goede trouw is op te vatten. Bovendien wordt de goede trouw soms aangekaart in de verhouding tussen contractspartijen, soms in de verhouding met derden. Soms wordt in de voorgestelde wettekst zelf (o.m. artikel 5.117) of enkel in de toelichting (zoals m.b.t. art. 5.181 gebeurt) de goede trouw in verband gebracht met de (afwezigheid van andersluidende) werkelijke kennis.

Zoals hiervoor reeds met betrekking tot artikel 3.22 nieuw BW werd vastgesteld, moet in artikel 1.9 worden opgenomen dat die bepaling enkel geldt behoudens andersluidende wettelijke bepaling. Indien dat niet gebeurt, zal het algemene en recentere artikel 1.9 het toepassingsgebied van artikel 3.22 en van Boek 5 inzake “goede trouw” beheersen, wat o.m. als gevolg heeft dat niet enkel de werkelijke kennis, maar ook het “behoren te weten” (waaronder mogelijk een onderzoeksplicht schuilgaat, zie hierna 9.7) de desbetreffende bepalingen binnensluipt.²⁷⁰

9.7 Goede en kwade trouw en het verband met (werkelijke) kennis. Zowel, impliciet, uit het voorgestelde artikel 1.9, als uit artikel 3.22 nieuw BW en het voorgestelde Boek 5 blijkt dat de goede, resp. kwade trouw, een verband vertoont met de kennis van een persoon, die in rechte²⁷¹ handelt.

De bewijsregels buiten beschouwing latend, handelt een persoon te goeder trouw zolang hij (m/v/x) niet te kwader trouw is. Dat laatste doet zich voor wanneer hij beweert, wanneer zijn

²⁶⁸ Zie de voorgestelde artt. 5.117, 5.120, 5.122, 5.134, 5.146, 5.179, 5.181, 5.189, 5.231, 5.239 nieuw BW.

²⁶⁹ Zie over het onderscheid hieronder randnummer 9.8.

²⁷⁰ Ook wanneer dit nochtans volgens de toelichting bij het betrokken artikel in Boek 5 niet de bedoeling is. Zie bijv. het voorgestelde art. 5.181 nieuw BW betreffende de positie van de schuldenaar bij de overdracht van schuldenaar. Deze wordt bepaald in functie van de werkelijke kennis die de schuldenaar heeft en niet van de kennis die hij (m/v/x) behoorde te hebben van de overdracht.

²⁷¹ Door middel van een rechtsandeling of van een rechtsfeit.

handeling ter discussie komt, dat hij geen kennis had van bepaalde elementen die bepalend waren voor zijn gedrag, zodat hij zijn gedrag daarop niet kon afstemmen.

Dat zijn veel woorden om duidelijk te maken dat de persoon die zich op (subjectieve) goede trouw beroept terwijl hij (m/v/x) beter weet, een doordeweekse bedrieger is, die erop uit is de buitenwereld een verkeerde voorstelling van zijn kennis en van de afgespeelde feiten te verkopen om daaruit voordeel te halen.

Wanneer het litigieuze gedrag berust op effectieve kennis, waarvan de betrokkene niettemin beweert dat hij die niet had en derhalve te goeder trouw handelde, kan over het bedrog en zijn kwade trouw weinig of geen discussie bestaan.

Het voorgestelde artikel 1.9 voegt daaraan toe dat hij ook te kwader trouw is *“wanneer hij de feiten of de rechtshandeling [...] kende of in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen”* (onderstreept door de auteurs).

Die toevoeging, zonder enige toelichting, is dubbelzinnig en onnauwkeurig. Indien daarmee wordt bedoeld dat de effectieve kennis, met gebruik van feitelijke vermoedens, kan worden afgeleid uit de feiten, zoals die zich voordoen, is er geen vuiltje aan de lucht. In die hypothese verwijst het “behoorde te kennen” naar de bewijsvoering en -beoordeling om effectieve kennis aan te tonen.

Indien het “behoren te kennen” daarentegen verwijst naar een tekortkoming aan een gebeurlijke onderzoeksplicht, wordt een persoon gesanctioneerd die effectief geen kennis van de feiten of rechtshandelingen had, maar die kennis – volgens de beoordelaar – moest hebben in de gegeven omstandigheden. Hij is m.a.w. tekortgekomen aan een (algemene of contractuele) zorgvuldigheidsnorm en ondergaat daardoor de sancties die aan kwade trouw verbonden zijn.

Een tekortkoming aan een (algemene of contractuele) zorgvuldigheidsnorm die niet aan de gebruikelijke/contractuele of buitencontractuele) sancties²⁷² wordt onderworpen? Dat lijkt toch wel ver in de richting van een verschil in behandeling te gaan, waarvoor de artikelen 10 en 11 Grondwet geen begrip hebben²⁷³.

Het hoeft overigens geen verder betoog dat uit de vaststelling dat een onderzoeksplicht in de gegeven omstandigheden werd miskend, niet wettelijk kan worden afgeleid dat de persoon met kennis van de feiten handelde, terwijl vaststaat dat hij die niet kende.

²⁷² Voornamelijk het herstel van de daardoor veroorzaakte schade.

²⁷³ En evenmin de onderliggende grond- en mensenrechten die worden beperkt door de sancties die aan kwade trouw zijn verbonden.

9.8 De toelichting en het onderscheid tussen objectieve en subjectieve goede trouw.

Volgens de opstellers is een onderscheid te maken tussen de objectieve en de subjectieve goede trouw²⁷⁴. De objectieve goede trouw verwijst, volgens hen, naar “de gedragsnorm te goeder trouw te handelen”,²⁷⁵ terwijl de subjectieve goede trouw peilt naar het “niet kennen” of “niet behoren te kennen” van bepaalde rechtsfeiten of rechtshandelingen”.²⁷⁶

Veel verder in de toelichting bespreken ze *“de gevallen waarin de rechter oordeelt dat de derde²⁷⁷ ongeacht of deze de feiten of het recht al dan niet kende, in de gegeven omstandigheden deze had behoren te kennen. De onwetendheid berust met andere woorden op diens onzorgvuldigheid. Ieder normaal persoon zou in gelijke omstandigheden zich nader hebben geïnformeerd. Het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht zal afhangen van de concrete omstandigheden”*.²⁷⁸

Zowel de objectieve, als de subjectieve goede trouw zien, volgens de opstellers, toe op de eerbiediging van gedragsnormen. Daar ligt het verschil dus niet; het schuilt daarentegen in de oorsprong van de gedragsregel.

Het is de rechter die, in beginsel binnen het wettelijke kader van het aansprakelijkheidsrecht,²⁷⁹ bepaalt hoe een normaal voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld en aldus de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm bepaalt. Indien de andere fout- en aansprakelijkheidsvoorwaarden vervuld zijn, kan daardoor schadeherstel verschuldigd zijn.

De wetgever kan bovendien gedragsnormen opleggen die verplichten tot loyauteit, tot samenwerking...²⁸⁰ en die, mogelijk, onder de noemer “te goeder trouw handelen” catalogeren. De rechter beschikt niet over die macht om de eenvoudige reden dat een gedragsgebod of -verbod noodzakelijk met de beperking van grond- en mensenrechten²⁸¹

²⁷⁴ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 21.

²⁷⁵ Zij geven als voorbeeld de verplichting voor een contractspartij tot loyauteit en samenwerking bij de uitvoering van het contract; zie ook m.b.t. dat onderscheid J. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 320-323 en 681, nr. 960, voetnoot 2052.

²⁷⁶ Ze verwijzen o.m. naar artikel 2279 BW, artikel 1 HypW, artikel 25 Pandwet en artikel 3.30 § 2 nieuw BW.

²⁷⁷ Zie hierna met betrekking tot de derdenwerking.

²⁷⁸ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 22. De opstellers geven als voorbeeld de onderzoeksplicht die wordt opgelegd aan handelaren van tweedehandsvoertuigen naar de eigendomstitels van hun verkopers, daarbij uit het oog verliezend dat die handelaren en verkopers geen derden jegens elkaar zijn.

²⁷⁹ Contractueel en buitencontractueel.

²⁸⁰ Binnen de grenzen die hij bepaalt.

²⁸¹ Zowel van de titularis, als van de anderen die met de rechtsuitoefening worden geconfronteerd.

gepaard gaat. Dergelijke beperking is, in een democratische samenleving, grondwettelijk en volgens het EVRM, aan de wetgever voorbehouden.

9.9 De toelichting en derdenwerking van (rechts)feiten en (rechts)handelingen. Zonder poespas, stappen de ontwerpers van het onderscheid tussen objectieve en subjectieve goede trouw over naar de derdenwerking van rechtsfeiten en rechtshandelingen.

Dat gaat als volgt: *“Rechtsfeiten en rechtshandelingen zijn in beginsel tegenwerpelijk erga omnes. Dit wil zeggen dat ze gelden tegenover derden ongeacht of die kennis hebben van het bestaan ervan. Soms worden de derden echter beschermd doordat deze tegenwerpelijkheid afhankelijk wordt gemaakt van hun kennis. Welnu, hun goede trouw wordt vermoed (eerste lid). Op de derden rust in beginsel geen onderzoeksplicht. Evenwel wordt aangenomen dat men niet te goeder trouw is wanneer men de feiten of het recht weliswaar niet kende, maar in de gegeven omstandigheden had behoren te kennen (tweede lid)”*.²⁸² Zij vervolgen met een illustrerende uiteenzetting over de gevallen waarin (a) de wet voorziet in een systeem van publiciteit dat derden geacht worden te raadplegen met verwijzing naar artikel 1 Hyp.W en artikel 3.30, § 2 nieuw BW en (b) de rechter oordeelt dat de derde²⁸³ de (rechts)feiten of (rechts)handelingen had moeten kennen in de gegeven omstandigheden, ongeacht of deze de feiten of het recht al dan niet kende.²⁸⁴

Volgens de toelichting behandelt artikel 1.9 derhalve enkel de goede trouw in hoofde van een derde. Hoe verbazend ook, die bedoeling van de ontwerpers blijkt niet uit de voorgestelde wettekst. Die heeft een algemeen toepassingsgebied dat alle rechtsverhoudingen, inclusief die tussen partijen, omvat. Zo de bepaling enkel de derdenwerking voor ogen heeft, moet dit duidelijk uit de tekst blijken.

Uit de geciteerde toelichting blijkt tevens dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen de gevallen waarbij enkel de effectieve kennis dienstdoet als criterium om de goede trouw te bepalen en de gevallen waar het “behoren kennen” ook in aanmerking is te nemen, waarbij

²⁸² Tegen hun gewoonte in, zonder enige verwijzing naar rechtspraak of rechtsleer.

²⁸³ Zie *“Buiten de hypothese van bekendgemaakte gegevens die door de derde moeten worden geraadpleegd, zijn er de gevallen waarin de rechter oordeelt dat de derde, ongeacht of deze de feiten of het recht al dan niet kende, in de gegeven omstandigheden deze had behoren te kennen.”* (onderlijning door de auteurs). Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 22.

²⁸⁴ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 22.

de toelichting verwijst naar de hiervoor aangegeven twee gevallen. Het voorgestelde artikel 1.9 maakt dit onderscheid evenwel niet en vermeldt de beide als criteria, wat impliceert dat steeds zal moeten worden nagegaan of de betrokkene (derde?) kennis had of had moeten hebben, gezien de omstandigheden. Dat strookt duidelijk niet met de toelichting die aangeeft dat in, weliswaar niet nader, bepaalde gevallen enkel rekening is te houden met de effectieve kennis.

Beperkt tot de derdenwerking van (rechts)feiten en (rechts)handelingen verdient artikel 1.9 te worden geschrapt. Zoals de opstellers schrijven is het bestaan van feiten, rechtsfeiten, handelingen en rechtshandelingen aan derden tegenwerpbaar ongeacht de kennis die ze daarvan hebben of hoorden te hebben. Wanneer de wetgever daarvan afwijkt door de tegenwerpbaarheid van feiten of handelingen aan één of meer welbepaalde derden aan een, door hem georganiseerde of bepaalde formaliteit te onderwerpen, waardoor het feit of de handeling publiek gemaakt wordt, wil hij hun belangen beschermen. Het feit of de handeling wordt dan pas aan de derden tegenwerpbaar wanneer de voorgeschreven formaliteit werd nageleefd. Het komt aan de derde toe na te gaan of de formaliteit, waardoor hij (m/v/x/) wordt beschermd, werd nageleefd. Doet hij dat niet, dan handelt hij op eigen risico (en kan hij zich niet beroepen op de afwezigheid van kennis van het feit of handeling juist omdat hij via de formaliteit die kennis kon hebben).

Deze bescherming wordt de derde (m/v/x) echter ontzegd wanneer de derde het voordeel van de extra bescherming niet verdient omdat hij bijv. “met bedrog handelt” (cfr. oud art. 1 Hyp. W. in tussen art. 3.30, § 2 nieuw BW waar wordt gesproken van derden te goeder trouw die een concurrerend recht op het goed hebben). In dat geval is het bestaan van (rechts)feiten en (rechts)handelingen aan die derden tegenwerpbaar. In die hypothese gaat de wetgever uit van de werkelijke kennis, niet van een “geobjectiveerd” kunnen of behoren te kennen.

Ook voor deze derden geldt, volgens het voorgestelde artikel 1.9, de regel van het vermoeden van de goede trouw. Er wordt door de opstellers niet aangetoond, ook niet in het kader van de derdenwerking, waarom de goede trouw nog zou moeten worden vermoed van (welbepaalde) derden die reeds door de wetgever in bescherming worden genomen op voorwaarde dat zij geen kennis van welbepaalde (rechts)feiten en (rechts)handelingen hebben of, als de wetgever zulks vooropstelt, er geen kennis van hoorden te hebben (gelet op publiciteitsmaatregelen). Dit komt neer op het toekennen van een dubbele bescherming aan

deze derden.

10.- Het witte konijn : rechtsmisbruik?

10.1 Rechtsmisbruik - Artikel 1.10. Artikel 1.10 geeft aan de jurisprudentiële rechtsfiguur van het rechtsmisbruik een wettelijke grondslag. Na het beginsel dat niemand misbruik mag maken van zijn recht, wordt in het tweede lid het criterium aangeduid op grond waarvan tot een gebeurlijk rechtsmisbruik is te besluiten. In het derde lid komt de sanctie van het rechtsmisbruik aan bod.

De opstellers benadrukken dat artikel 1.10 een “*algemeen erkend rechtsbeginsel* [verankert] *dat talloze malen werd bevestigd door het Hof van Cassatie: het verbod op rechtsmisbruik*”²⁸⁵.

Om het algemeen erkend rechtsbeginsel van het verbod van rechtsmisbruik te verantwoorden, verwijzen de opstellers naar het, in buitencontractuele context gewezen zgn. “mijlpaalarrest” van 10 september 1971.²⁸⁶

Het kan geen kwaad te benadrukken dat er tussen 1830 en 10 september 1971 in de rechtspraak geen sprake was van een algemeen rechtsbeginsel van die strekking, dat de wetgever niet naar een dergelijk algemeen rechtsbeginsel verwees en nauwelijks toepassingen maakte van een regel die op het verbod van rechtsmisbruik kon lijken. Het algemeen rechtsbeginsel kwam als het ware uit de lucht vallen en de wetgever heeft zich niet eerder, in het algemeen, over een algemeen verbod van rechtsmisbruik uitgesproken. Tot op heden is het algemeen rechtsbeginsel een louter jurisprudentiële constructie. De vraag is derhalve : verdient het wel een wettelijke verankering in het BW?

De opstellers aarzelen niet: vanaf het eerste ontwerp van Boek 5 werd de verankering van het verbod van rechtsmisbruik voorgesteld, terwijl daarin geen plaats was voor het algemeen rechtsbeginsel “*fraus omnia corrumpit*” of voor het verbod om van de openbare orde af te wijken.

Kennelijk denken de opstellers én het Hof van Cassatie nog steeds dat de wilsautonomie van

²⁸⁵ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 23.

²⁸⁶ Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31 (was het een toeval dat het rechtsmisbruik op het einde van de “trente glorieuses” opdook of, integendeel, een voorbode van het neoliberalisme in het recht?).

de partijen²⁸⁷, gecorrigeerd door de rechter aan de hand van het zgn. verbod van rechtsmisbruik volstaat om de duurzaamheid van het samenlevingsverband te verzekeren.²⁸⁸ Het verbod van rechtsmisbruik en de ervan gemaakte, heterogene, toepassingen houden echter een flauwe schijn hoog dat zij de wilsautonomie (o.m. en in het bijzonder van de personen die de economische en financiële macht controleren) in goede banen kunnen leiden.

Als correctiemechanisme was (en is) het verbod van machtsmisbruik tot mislukken gedoemd. Zoals uit het verloop van de gebeurtenissen sinds 10 september 1971 blijkt, zijn de heterogene toepassingen die van het verbod van rechtsmisbruik worden gemaakt, niet opgewassen tegen de klimaat- en ecologische ontregelingen, de spectaculaire toename van patrimoniale ongelijkheden en het voortschrijdend wantrouwen in het democratische gedachtengoed, waarvoor de toepassingen van de wilsautonomie in het privaatrecht mede verantwoordelijk zijn. Rechtsmisbruik heeft immers deze ontregelingen, ongelijkheden en dit wantrouwen niet kunnen verhinderen of recht trekken.

Zo rechtsmisbruik mogelijk punctuele excessen in de uitoefeningen van subjectieve rechten kan temperen, is het slechts een pijnstillertje die het onderliggend kwaad zelf niet aanpakt, vermits de beoordeling van het rechtsmisbruik aan de wijsheid van de geschillenbeslechter wordt overgelaten. De daarmee bereikte, heterogene resultaten schitteren door de afwezigheid van visie op de democratische samenleving.

Om ervoor te zorgen dat met de wilsautonomie geen afbreuk wordt gedaan aan de duurzaamheid van het samenlevingsverband, is munitie van een ander kaliber noodzakelijk: hiërarchisch gestructureerde algemene, abstracte en duurzame (gebiedende en verbiedende) wetten, gemaakt door daartoe bevoegde wetgevers, die de openbare orde²⁸⁹ in samenlevingsverband concipiëren, doen organiseren, handhaven, bewaken en controleren en haar ook financieren, in overeenstemming met de democratische beginselen, finaliteit en werking.²⁹⁰

En toch blijven de opstellers, zoals het Hof van Cassatie, het verpinken de openbare orde en *fraus omnia corrumpit* ernstig te nemen, zoals uit deze algemene bepalingen blijkt. En wordt

²⁸⁷ Zoals geconcipieerd in het oude, 19^{de} -eeuwse BW.

²⁸⁸ Waarachter de boodschap ter attentie van de wetgever schuilgaat dat de rechterlijke macht (in het bijzonder het Hof van Cassatie) dat varkentje gewassen krijgt, zodat hij zicht "koest" kan houden.

²⁸⁹ Die zij bereiken door de nakoming van hun gebiedende en verbiedende wetten te verzekeren.

²⁹⁰ Zoals die uit de Grondwet en het EVRM, hernomen door de artikelen 2 en 3 VEU, blijken.

alle heil van het (inefficiënt gebleken) verbod van rechtsmisbruik verwacht?

10.2 Het “subjectief recht”. Volgens de opstellers beheerst het verbod *“de uitoefening van alle subjectieve rechten, met uitzondering van de discretionaire rechten die in ons recht eerder zeldzaam zijn”*^{291, 292}

De opstellers voelen zich echter niet geroepen om het subjectief recht hetzij in de voorgestelde wettekst, hetzij in de toelichting te omschrijven, hoewel deze notie cruciaal is voor de toepassing van het rechtsmisbruik.

Hun stilzwijgen heeft zijn redenen. Het Hof van Cassatie besliste dat het bestaan van een subjectief recht veronderstelt *“dat de eiser zich beroept op een welbepaalde juridische verplichting die een regel van objectief recht rechtstreeks aan een derde oplegt en bij de uitvoering waarvan die partij belang heeft”*.²⁹³

Er bestaat dus overduidelijk een verband tussen het subjectief en het objectief recht (ook de bronnen van het recht genoemd).²⁹⁴

Aan de basis van een subjectief recht liggen één of meerdere regels van (gebiedend of verbiedend) objectief recht waardoor rechtstreeks een welbepaalde juridische verplichting aan een “ander” wordt opgelegd, waarvan de titularis van het subjectief recht, die daarbij belang heeft, de nakoming vraagt.

In een democratische rechtsstaat bestaat het objectief recht uit een hiërarchie van wetten en van, binnen het kader van die wetten ontwikkelde jurisprudentiële rechtsregels.²⁹⁵

Het zijn derhalve toepasselijke, gebiedende of verbiedende wetten²⁹⁶ die rechtstreeks een welbepaalde juridische verplichting²⁹⁷ aan een ander opleggen, waarop de titularis (m/v/x), door de uitoefening van zijn subjectief recht, aanspraak maakt, omdat hij daardoor een

²⁹¹ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 23.

²⁹² Vermits subjectieve rechten steeds, op één of andere wijze, de uitwerking zijn van grond- en mensenrechten die, op weinige uitzonderingen na, nooit absoluut of onbegrensd zijn.

²⁹³ Cass., 9 december 2016, C.16.0057.N.

²⁹⁴ Zie hiervoor afdeling 2, randnummers 2.1 tot 2.

²⁹⁵ Die eventueel ook als gewoonten of algemene rechtsbeginselen door de rechterlijke macht worden erkend, doch steeds met de (hiërarchie der) wetten verenigbaar moeten zijn, vermits zij daaraan ondergeschikt zijn

²⁹⁶ En binnen dat wettelijke kader uitgewerkte en passende jurisprudentiële rechtsregels.

²⁹⁷ “lets” doen, niet doen, geven of garanderen.

(materieel of moreel) voordeel bekommt.²⁹⁸

Het zijn m.a.w. de wetgevers die de reikwijdte van de wetten en van de, daarop rustende subjectieve rechten (hun inhoud, zin en draagwijdte) bepalen. Dit verband met het objectief recht wensen de opstellers duidelijk uit de weg te gaan.

10.3 Subjectieve rechten vs. vrijheden. Het Hof van Cassatie oordeelde in een omstreden arrest van 7 oktober 2011²⁹⁹ voor het eerst dat het rechtsmisbruik ook kan worden toegepast op vrijheden, meer bepaald op de vrijheid om te contracteren. Hoewel het arrest veel stof deed opwaaien³⁰⁰ en tot stevige discussies heeft geleid over de vraag of vrijheden wel subjectieve rechten zijn en, zo ja, of het verbod van rechtsmisbruik er wel op kan worden toegepast³⁰¹, valt hierover niets te lezen in de toelichting bij artikel 1.10. Betekent dit dat het voorstel van artikel 1.10 zich distantieert van deze rechtspraak? Of is het misbruik van vrijheden toch inbegrepen in het verbod van misbruik van recht zoals geconcipeerd door artikel 1.10? Zo het verbod van rechtsmisbruik wordt opgenomen in een wettekst, komt het aan de wetgever toe hierover duidelijk te zijn.

10.4 Het gebruik van het subjectief recht. Om tot een misbruik van recht te besluiten, moet de titularis zijn subjectief recht aanwenden. Indien hij geen aandacht aan zijn rechten schenkt of ze verwaarloost, kan hij ze ook niet misbruiken.

Hij moet dus een initiatief of minstens een beslissing met betrekking tot de aanwending van zijn subjectief recht nemen. De beslissing om het recht niet of slechts zeer gedeeltelijk uit te oefenen, impliceert dat het subjectief recht wordt gebruikt.

Het Hof van Cassatie besliste dat geen gebruik maken van een wettelijke mogelijkheid, niet neerkomt op het gebruik van een subjectief recht³⁰² en daarom geen rechtsmisbruik kan zijn. Als de ontstentenis van (gedeeltelijke of volledige) uitoefening evenwel het gevolg is van een beslissing van de titularis, mist die zienswijze feitelijke grondslag.

²⁹⁸ En daarbij dus “belang” heeft.

²⁹⁹ AR C.10.0227.F. Zie ook Cass. 27 april 2020, AR C.19.0435.N.

³⁰⁰ Voornamelijk omwille van het feit dat de toepassing van de sanctie in dat geval contractdwang zou kunnen impliceren.

³⁰¹ Zie o.a. T. LEONARD, “L’abus de la liberté de ne pas contracter: une application excessive de la théorie de l’abus de droit”, noot onder Cass. 7 oktober 2011, *RCJB* 2013, p. 581 e.v. Deze auteur pleit voor een toetsing van de uitoefening van een vrijheid aan de algemene zorgvuldigheidsnorm en aan de foutaansprakelijkheid.

³⁰² Cass., 16 november 2007, C.06.0349.F; Cass., 3 december 2007, C.050208.F; zie daarover I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht, Handboek voor nu en later*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 329, nr. 404.

Vermits het gebruik of de aanwending van een subjectief recht vereist is, wat de voorgestelde wettekst nalaat te vermelden, blijft onverklaard waarom de opstellers, met verwijzing naar rechtsleer, menen dat *“een misbruik (...) ook [kan] bestaan in de aanwending van rechtsregels of rechtsinstellingen in strijd met het doel waarvoor deze zijn ingesteld”*.

In toepassing van voormelde rechtspraak van het Hof van Cassatie moeten de rechtsregels of rechtsinstellingen, obligaaf in subjectieve rechten worden vertaald om hun gebruik aan het verbod van rechtsmisbruik te kunnen toetsen.

10.5 Het rechtsmisbruik. Sinds 1971 werden verschillende criteria voor het rechtsmisbruik bedacht door het Hof van Cassatie. Finaal stapte het Hof van Cassatie over naar een generiek criterium. In artikel 1.10 wordt gekozen voor dit generieke criterium, dixit de opstellers³⁰³. Het houdt in dat de titularis van een subjectief recht dat recht uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat subjectief recht door een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst. Van de andere criteria van rechtsmisbruik zoals die door het Hof van Cassatie werden erkend, is geen spoor terug te vinden in artikel 1.10. Daaruit moet worden besloten dat zij voortaan in het “generieke” criterium zullen moeten passen om als rechtsmisbruik te kwalificeren.

Zowel de overdreven, als de ondermaatse uitoefening van een subjectief recht kan kennelijk de grenzen te buiten gaan van zijn normale uitoefening door een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst.

Indien het over een “overdreven” rechtsuitoefening gaat, zijn twee hypothesen mogelijk. De rechtsuitoefening kan (kennelijk) binnen de grenzen van de uitoefening van het recht blijven. In dat geval kan, volgens de voorgestelde wettekst, worden onderzocht of zij al dan niet strookt met de normale uitoefening van het subjectieve recht door een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst.

De overdreven rechtsuitoefening kan ook (kennelijk) de grenzen van het subjectieve recht te buiten gaan. In die hypothese wordt er zonder subjectief recht gehandeld.³⁰⁴

Vermits zonder subjectief recht wordt gehandeld, is geen beroep op het verbod van

³⁰³ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 23.

³⁰⁴ Om het in termen van subjectief recht te zeggen, kan de eiser zich, in die hypothese, niet eens beroepen op een welbepaalde juridische verplichting die een regel van objectief recht rechtstreeks aan een ander persoon oplegt en bij de uitvoering waarvan de eiser belang heeft.

rechtsmisbruik te doen en moeten andere correctiemechanismen worden ingeschakeld (openbare orde, bedrieglijk handelen; aansprakelijkheidsrecht ...).

Het door de rechtspraak ontwikkelde rechtsmisbruik gaat dus over de vraag hoe het litigieuze subjectieve recht, binnen de grenzen daarvan, in dezelfde concrete omstandigheden door een voorzichtig en redelijk persoon (titularis) zou zijn uitgeoefend. Het resultaat van die inschatting wordt de “normale uitoefening” genoemd. Indien de litigieuze uitoefening kennelijk van de normale uitoefening afwijkt, kan tot rechtsmisbruik en sanctie worden besloten.

Door te verwijzen naar de normale uitoefening van het subjectief recht door een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst, trekt de rechtspraak met het rechtsmisbruik een binnengrens in de uitoefening van het recht. Die binnengrens dringt de rechtspraak aan de titularis van het recht op.³⁰⁵

10.6 De geschillenbeslechter en het uur van de waarheid. Wie beslist waar de binnengrens zich situeert? Zelfs met de verankering van het rechtsmisbruik in de wettekst, komt die beslissing toe aan de geschillenbeslechter: een rechter, een scheidsrechter, een bemiddelaar...

Hij of zij bepaalt de normale uitoefening van het subjectief recht en toetst daaraan de litigieuze rechtsoefening. Hij of zij besluit tot het al dan niet bestaan van een verschil. Indien een verschil wordt “vastgesteld”/ bepaalt hij of zij of het verschil kennelijk is.

Mits de daartoe vereiste rechtsmiddelen worden aangewend, kan de toepassing die de geschillenbeslechter van het rechtsmisbruik maakte³⁰⁶ aan de wettelijkheidscontrole van het Hof van Cassatie worden voorgelegd, de ultieme geschillenbeslechter wanneer het over rechtsmisbruik gaat.

Om de ernst van die ingrepen te vatten, moet teruggeschakeld worden naar de omschrijving van het subjectief recht: dat is de macht, de mogelijkheid die aan de titularis toekomt om zich met succes te beroepen op een welbepaalde juridische verplichting die een regel van objectief recht rechtstreeks aan een ander persoon oplegt, mits de titularis belang bij de nakoming

³⁰⁵ Ongeacht of de litigieuze rechtsuitoefening overdreven of ondermaats wordt geacht.

³⁰⁶ Zowel wanneer tot rechtsmisbruik wordt besloten, als wanneer het beroep op het rechtsmisbruik wordt afgewezen.

heeft. De regels van objectief recht zijn hiërarchisch gestructureerde wetten en, mits ze daarmee overeenstemmen, de jurisprudentiële rechtsregels die in haar kader zijn uitgewerkt. *In fine* zijn het de wetgevers die het toepassingsbereik zowel van het objectieve recht als van de, daarvan afgeleide subjectieve rechten bepalen. In een democratie ligt zulks trouwens voor de hand.

Wanneer de geschillenbeslechter onderzoekt of er zich een rechtsmisbruik voordeed, bepaalt hij niet of de titularis (m/v/x) zonder recht handelde.

Hij houdt zich niet bezig met de buitengrens van het subjectief recht.

Hij gaat na of bij de uitoefening van het recht de, door hem, op eigen initiatief en naar eigen inzicht, geconstrueerde binnengrens van de zgn. normale uitoefening werd geëerbiedigd.

Hoewel er getracht wordt het “eigen inzicht” enigszins te temperen of te vergulden door het vereiste van het “kennelijk” overschrijden van de normale uitoefening van het subjectief recht, kent het voorgestelde artikel 1.10 de geschillenbeslechters met andere woorden de bevoegdheid toe om het, door de wetgevers bepaalde toepassingsgebied van het objectief recht en van de, daarvan afgeleide subjectieve rechten te controleren en te corrigeren.

Rechters van de rechterlijke macht, zelfs de hoog geplaatsten, missen evenwel de bevoegdheid om wetgever te spelen of zelfs maar om de wetgever te controleren en te corrigeren.

Het is uiteraard mogelijk dat de wetgever verdient gecorrigeerd te worden, maar die mogelijkheid komt niet aan geschillenbeslechters toe.

De wetgever hield trouwens rekening met de mogelijkheid dat wetten, in het kader van hun hiërarchie, voor kritiek vatbaar kunnen zijn. Hij voorzag geëigende procedures (bij het Grondwettelijk Hof, de Raad van State, het EHRM, de rechterlijke macht binnen de Unie) om daartegen op te komen.

Het is inherent aan gebiedende of verbiedende wetten dat zij niet enkel de uitoefening van grond- en mensenrechten mogelijk maken, maar ook begrenzen. Subjectieve rechten zijn steeds, op de één of andere manier, verschijningsvormen van die - begrensde - grond- of mensenrechten .

De uitoefening van grond- en mensenrechten, alsmede van de daarvan afgeleide subjectieve rechten wordt derhalve door wetten beperkt. Zij bepalen hun buitengrenzen; zolang die niet worden miskend is er volgens de wetgever geen vuiltje aan de lucht, kan de titularis het grond-

, mensen- of subjectieve recht naar goedvinden uitoefenen.

De, door de wetgever bepaalde, beperking van de buitengrens, kan evenwel onredelijk zijn in het licht van de hiërarchie der normen: zij kan strijden met de artikelen 10-11 Grondwet of met de inhoud, zin, draagwijdte van het beperkte of van andere grond- of mensenrechten. Die discussies worden voorbehouden aan en beslecht door de hiervoor opgesomde hoge rechtscolleges. De geschillenbeslechters behoren daar niet toe.

Hoe kan, in die omstandigheden, worden verantwoord dat een – eventueel private – geschillenbeslechter, via rechtsmisbruik, de uitoefening van grond-, mensen- en subjectieve rechten, overeenkomstig hun buitengrens, in functie van zijn beoordeling van de zgn. “normale uitoefening”, heterogeen, beperkt?

Daar lijkt, binnen de Grondwet en het EVRM, geen ruimte voor te bestaan.

Zelfs indien de wetgever meent dat aan geschillenbeslechters, in strijd met de Grondwet en het EVRM, kan worden overgelaten om, met de figuur van het rechtsmisbruik, bijkomende beperkingen aan de uitoefening van grond-, mensen- en subjectieve rechten op te leggen, is het voorgestelde criterium meer dan problematisch. Minstens moet in die hypothese³⁰⁷ van de geschillenbeslechter worden geëist dat hij hetzelfde criterium als het Grondwettelijk Hof en het EHRM toepast.³⁰⁸ Hij moet derhalve verantwoorden dat de bijkomende beperking (de binnengrens), waartoe hij beslist, volgt uit een wet die voldoende toegankelijk en precies is, dat de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving, beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte, alsmede dienend en proportioneel is met die legitieme doelstellingen.³⁰⁹

Het woordje “kennelijk” dat in artikel 1.10, tweede lid voorkomt, strookt niet met die redelijkheidsbeoordeling.

Elke beperking van de uitoefening van grond-, mensen- en subjectieve rechten moet aan de hand van eenzelfde criterium worden bepaald, vermits alle grond-, mensen- en subjectieve rechten evenwaardig zijn en alle titularissen dus dezelfde bescherming verdienen (artikel 10 en 11 Grondwet).

³⁰⁷ Strijdig o.m. met de Grondwet, het EVRM en het Handvest.

³⁰⁸ Zie o.m. GwH, 15 maart 2018 (29/2018); GwH, 25 mei 2016 (72/2016); GwH, 6 december 2012 (145/2012).

³⁰⁹ Zijnde de vrijwaring van wat in een democratische samenleving noodzakelijk is en daarin aan een dwingende maatschappelijke behoefte voldoet

10.7 Rechtsmisbruik en openbare orde. Het voorgaande wordt het scherpst tot uitdrukking gebracht door de rechtspraak van het Hof van Cassatie, bijgevallen door de ontwerpers, inhoudend dat er sprake van rechtsmisbruik kan zijn, zelfs wanneer het uitgeoefende recht van openbare orde is of van dwingend recht.³¹⁰

Vermits de openbare orde de veruitwendiging van de nagekomen, gebiedende en verbiedende, wetten³¹¹ is, legt die rechtspraak de vinger op de wonde. Het Hof van Cassatie bepaalt daardoor immers dat geschillenbeslechte via het rechtsmisbruik van de openbare orde iets anders kunnen maken, dan de wetgever nastreeft.

Vermits vonnissen, arresten, sententies... rechtshandelingen zijn, moet die rechtspraak (en de daarin besloten bewering) aan artikel 1.3, tweede lid worden getoetst.

Als rechtshandelingen kunnen vonnissen, arresten, sententies;.. niet van de openbare orde afwijken. Wanneer zij door middel van het zgn. rechtsmisbruik afwijken van de openbare orde of van een wet van openbare orde zijn hun voorwerp en/of oorzaak ongeoorloofd.

10.8 De sanctie van rechtsmisbruik. De sanctie van rechtsmisbruik bestaat in de matiging van het recht tot zijn normale rechtsuitoefeningswijze,³¹² onverminderd het herstel van de schade die het misbruik heeft veroorzaakt.

De matiging van het recht kan zover gaan dat de geschillenbeslechte aan de titularis van het recht de mogelijkheid ontzegt om zich op het recht in de gegeven omstandigheden te beroepen. Vermits subjectieve rechten verbijzonderingen van grond- en mensenrechten zijn, komt die rechtspraak,³¹³ bijgevallen door de opstellers, erop neer dat de geschillenbeslechte een recht of zijn uitoefening aan de titularis, in één welbepaald feitelijk kader ontnemt.

De sanctie bevestigt met andere woorden het belang van de vraag wie, in een democratie, instaat voor de verwezenlijking en beperking van grond-, mensen- en subjectieve rechten, waarop in randnummer 10.10 verder wordt ingegaan.

De verwijzing naar de mogelijkheid om als sanctie het herstel van de schade te bekomen die het rechtsmisbruik heeft berokkend, toont aan dat het rechtsmisbruik zich op een zucht van het (buiten)contractueel aansprakelijkheidsrecht bevindt. Om de kloof helemaal te dichten is

³¹⁰ Cass. 22 september 2008, *Pas.* 2008, 1999; Cass. 2 april 2015, *Pas.* 2015, 908.

³¹¹ En van de, binnen het kader van die wetten uitgewerkte, overeenstemmende jurisprudentiële rechtsregels.

³¹² Waarbij kennelijkheidsvereiste niet meer speelt.

³¹³ O.m. Cass., 19 december 2019, C.16.0393.N; Cass., 1 oktober 2010, *Pas.* 2010, 2470.

naar een foutieve, in de plaats van de normale uitoefening van het recht, en naar de daardoor veroorzaakte schade te verwijzen. Bovendien is de sanctie van het schadeherstel in ere te herstellen. Zo een correctiemechanisme op de binnengrens van het subjectief recht is te behouden, is derhalve een aansprakelijkheidsmechanisme uit te werken, eerder dan een mechanisme waarbij de geschillenbeslechter de rol toegewezen krijgt om de wetgever te controleren en te corrigeren.

10.9 Verhouding met Boek V. Hoewel Boek 1 een algemene draagwijdte heeft en artikel 1.10 voor alle privaatrechtelijke rechten geldt, dus ook voor rechten voortvloeiende uit contracten, achten de opstellers het noodzakelijk om in Boek 5 opnieuw op het verbod van rechtsmisbruik in te gaan met het voorgestelde artikel 5.73 dat gewijd is aan de uitvoering te goeder trouw. Dat artikel 7.73 bepaalt het volgende: *“Een contract moet te goeder trouw uitgevoerd worden.*

Krachtens lid 1:

1° moet elk van de partijen zich bij de uitvoering van het contract gedragen zoals een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst;

2° mag niemand misbruik maken van de rechten die hij aan het contract ontleent.

Elke afwijking van dit artikel wordt voor niet-geschreven gehouden.”

Uit de toelichting bij dit artikel volgt dat het tweede lid *“verwijst naar de algemene bepaling die het verbod van rechtsmisbruik erkent (opgenomen in het ontwerp van Boek 1 (art. 1.10)), die hier een bijzondere toepassing kent met betrekking tot de uitvoering van het contract. Hier wordt de matigende werking van de goede trouw erkend”*.³¹⁴

Anders dan de toelichting vermeldt, bevat het voorgestelde artikel 5.73 geen verwijzing naar artikel 1.10, wat nochtans aangewezen zou zijn om te verhinderen dat het rechtsmisbruik in artikel 5.73 een inhoud, zin, draagwijdte of sanctie krijgt die niet met artikel 1.10 strookt.

Volgens de opstellers erkent artikel 5.73, 1° en 2° de matigende werking van de (objectieve)

³¹⁴ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek 5 BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1806/001, p. 83.

goede trouw, die noch in het voorgestelde Boek 1, noch in het voorgestelde Boek 5 wordt gedefinieerd.

Overigens rijst de vraag welk verschil er bestaat tussen de twee situaties beschreven door artikel 5.73, 1° en 2°, vermits het verbod van rechtsmisbruik verwijst naar de gedragsnorm die, *grosso modo*, ook in artikel 5.73, 1° opduikt.³¹⁵

Artikel 5.73 is van openbare orde: elke afwijking ervan wordt “voor niet-geschreven” gehouden, wat de sanctie is die door artikel 2 (oud artikel 6) oud BW wordt gehanteerd³¹⁶.

Waarom wordt die precisering aan artikel 5.73 voorbehouden en komt zij niet in artikel 1.10 voor hoewel laatstgenoemde bepaling aan de basis van artikel 5.73 ligt?

In de huidige stand van de voorstellen, kan via rechtshandelingen die geen contract zijn, de toepassing van het verbod van rechtsmisbruik wel worden beperkt en uitgesloten. Hoe kan een dergelijk verschil in behandeling worden verantwoord.

Dezelfde bekommernis ligt aan de basis van de vraag waarom de wetgever in artikel 5.73 de voorzorg neemt om te bepalen dat afwijkingen daarvan voor niet-geschreven worden gehouden, maar nalaat stelling te nemen over de vraag of en in welke mate afwijkingen van de overige bepalingen van Boek 1 voor niet-geschreven zijn te houden. Dat verschil in beschermingsbereik van de aan die beide Boeken ontleende rechten is niet redelijk verantwoord.

10.10 Rechtsmisbruik en eigendomsrecht. Zoals eerder bij de bespreking van de vertegenwoordiging aan bod kwam³¹⁷, behoren (subjectieve) rechten tot het vermogen dat door het eigendomsrecht wordt beschermd. De sanctie van het rechtsmisbruik komt, onder welke vorm ook – weze het als jurisprudentiële of als wettelijke rechtsfiguur – neer op een eigendomsontneming of – beperking. De wetgever die daartoe wil overgaan moet “redelijk” handelen, in de betekenis die het Grondwettelijk Hof en het EHRM daaraan geven.³¹⁸ De bewering dat de titularis zijn subjectief recht heeft uitgeoefend op een wijze die kennelijk de

³¹⁵ Overigens met het risico dat niet langer de contractueel beloofde verbintenis maatgevend voor haar uitvoering is, maar wel de uitvoering zoals en voorzichtig en redelijk persoon, in dezelfde omstandigheden geplaatst die zou opvatten. De invulling is derhalve afhankelijk van wat, door de rechter, beschouwd wordt als zijnde een voorzichtig en redelijk persoon.

³¹⁶ Zie hierover afdeling 4b.

³¹⁷ Zie hierover afdeling 8, randnummer 8.10.

³¹⁸ Zie afdeling 8, randnummer 8.10.

grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst, zegt niets over “het billijk evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang en die van de bescherming van het recht op ongestoord genot van de eigendom”. Zij laat evenmin toe zich uit te spreken over de vraag of de eigendomsverstoring “buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico valt” en op een beperkte groep van personen rust.

Hoe kan worden verantwoord dat die garanties van het eigendomsrecht niet ter sprake komen wanneer het “rechtsmisbruik” uit de kast wordt gehaald? Dat verschil in behandeling belooft voor menigeen moeilijk verteerbaar te worden.

10.11 Besluit inzake rechtsmisbruik. Hoewel velen de sancties van rechtsmisbruik welgekomen achten, is en blijft het verbod van rechtsmisbruik een vergissing en erger. Ook wanneer de wetgever zich door die jurisprudentiële constructie op sleeptouw zou laten nemen, blijft dat verbod een spookrijder in het privaatrecht. Op het vlak van de democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels heeft het verbod van rechtsmisbruik, zoals hiervoor aangetoond., een te hoge en overigens overbodige kostprijs.

Voor de wetgever komt het neer op vaandelvlucht: hij laat de personen in de steek waarvoor hij krachtens de Grondwet en het EVRM verantwoordelijk is.

Voor de geschillenbeslechter is het onbegonnen werk om met dergelijke verbod overzichtelijk en samenhangend de samenleving te organiseren, de uitdagingen te bekampen en de democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels te garanderen.

De uitdagingen waarvoor de samenleving anno 2021 staat, tonen onherroepelijk aan dat de jurisprudentiele toepassingen van het verbod van rechtsmisbruik, tijdens de laatste vijftig jaar, die uitdagingen geen strobreed in de weg legden.

Als correctiemechanisme is het verbod van rechtsmisbruik dan ook een flop van jewelste. Dat zal ook in de toekomst het geval blijven ongeacht of het verbod jurisprudentieel blijft dan wel wettelijk wordt. Gelet daarop is het des te onverantwoordelijker dat andere correctiemechanismen, zoals de (wet van) openbare orde, de goede zeden, ‘fraus omnia corrumpit’, de wilsgebreken, de nietigheid, de neutralisering van ongeoorloofde rechtshandeling niet in ere worden hersteld nadat ze decennialang door de rechtspraak, in het bijzonder van het Hof van Cassatie, zijn verzwakt of uit koers genomen. Even onbegrijpelijk

is dat niet aan nieuwe, beschikbare correctiemechanismen wordt gedacht die de uitdagingen wel ernstig nemen (de benadeling, de sanctionering van excessieve prijzen ; de regulering van rechtsregelontwijking en van andere vormen van externalisering van risico, kosten en/of schade ...).

Het is overigens een misvatting te denken dat de sancties van rechtsmisbruik aan dat verbod zouden zijn voorbehouden en buiten dat kader onbereikbaar zouden zijn. Met artikel 18 Ger.W. kan de schending van elk ernstig bedreigd (subjectief grond- of mensen-) recht met een rechtsvordering worden voorkomen. Op grond van de horizontale werking van grond- en mensenrechten, waarvoor ook de rechterlijke macht moet instaan, kan de uitoefening van een subjectief recht dat andermans grond- of mensenrecht ernstig (kennelijk) bedreigt, onder controle worden gehouden. Het verbod van rechtsmisbruik is dus niet enkel een wit konijn waarmee geen land is te bezeilen, maar het is ook volstrekt overbodig.

11.- Opzettelijke fout en fraude zijn geen synoniemen

1.11 Oogmerk om te schaden - Artikel 1.11. De titel van het voorgestelde artikel 1.11 (oogmerk om te schaden) is slecht gekozen, want hij dekt de lading niet. De tekst gaat namelijk in op twee verschijningsvormen van de zgn. opzettelijk fout en een daaraan, volstrekt nieuw, te verbinden rechtsgevolg: *“de opzettelijke fout, gepleegd met het oogmerk te schaden of uit winstbejag, mag de dader geen voordeel verschaffen”*.

Volgens de opstellers zou deze tekst het algemeen rechtsbeginsel *“fraus omnia corrumpit”* in het nieuwe BW verankeren én verfijnen.

In werkelijkheid is artikel 1.11 vreemd aan dat algemeen rechtsbeginsel zoals hierna wordt toegelicht.

Omdat er andermaal een groot verschil bestaat tussen de voorgestelde wettekst en de bijhorende toelichting, worden de wettekst en de bijhorende toelichting hierna afzonderlijk behandeld. Vervolgens wordt ingegaan op het algemeen rechtsbeginsel dat de opstellers blijkbaar geneigd zijn af te voeren, overigens zonder dat ongewenste resultaat met artikel 1.11 te bereiken.

11.2 De voorgestelde wettekst. Wanneer de – onjuist gekozen – titel buiten beschouwing wordt gelaten, behandelt artikel 1.11 twee verschijningsvormen van de opzettelijke fout: enerzijds, de opzettelijke fout gepleegd met het oogmerk om te schaden en, anderzijds, de opzettelijke fout die wordt gepleegd om winst te maken.

Afgezien van die beide verschijningsvormen, bestaan er nog talrijke andere opzettelijke fouten, die niet door artikel 1.11 worden geïsoleerd: de opzettelijke fout gepleegd met het oogmerk om een toepasselijke wet te miskennen, om de toepasselijke algemene zorgvuldigheidsnorm te overtreden of om andermans subjectief recht aan te tasten...

Daaruit volgt dat de personen die een opzettelijke fout begaan, krachtens artikel 1.11 verschillend worden behandeld naargelang het nagestreefde oogmerk, of het daarmee bereikte resultaat, terwijl dat verschil niet op redelijke en objectieve gronden wordt verantwoord.

Zowel opzettelijke, als onopzettelijke fouten kunnen de burgerlijke aansprakelijkheid in het gedrang brengen van de persoon die ze beging, met betrekking tot de schade die daardoor aan andere personen wordt berokkend. De wet bepaalt dat de aansprakelijke, in die hypothese, schadevergoeding aan het slachtoffer verschuldigd is.

Wanneer de opzettelijk fout daarenboven voldoet aan de, door artikel 1.11 bepaalde kwalificaties, treedt bovendien, bijkomend, een ander sanctiemechanisme in werking.

Wanneer een persoon (m/v/x) handelt met het oogmerk om te schaden of om winst te maken, kan hij niet enkel aansprakelijk worden gesteld mits de voorwaarden daartoe zijn verenigd, maar zal dit handelen hem “geen voordeel mogen verschaffen”. Wat dat concreet inhoudt wordt niet verduidelijkt.

Vermits het voordeel niet anders wordt omschreven, moet de meest ruime betekenis aan de voordeelsafroming toekomen.

Problematisch is evenwel dat de wettekst het stilzwijgen bewaart over de procedure van voordeelsafroming en over de vraag aan wie de afgeroomde voordelen zullen toekomen.

Zolang die -moeilijke - aspecten niet zijn uitgeklaard, zal artikel 1.11 een dode letter blijven.

11.3 De opzettelijke fout gepleegd met het oogmerk te schaden of uit winstbejag. De afwezigheid van omschrijving van de opzettelijke fout maakt van artikel 1.11 een dubbelzinnige en onnauwkeurige bepaling.

Is een opzettelijke fout vereist, die bovendien wordt gepleegd met het oogmerk te schaden of uit winstbejag om tot voordeelsafroming te besluiten?

Of heeft een fout, per definitie, een opzettelijk karakter wanneer zij wordt gepleegd met het oogmerk te schaden of uit winstbejag, waardoor tot voordeelsafroming kan worden overgegaan?³¹⁹

In het (actuele) aansprakelijkheidsrecht is een fout gepleegd met het oogmerk te schaden een bedrieglijke én opzettelijke fout³²⁰ zodat het desbetreffende gedrag kan worden getroffen door de sancties die zowel op bedrieglijk³²¹, als op opzettelijk handelen betrekking hebben.³²²

³¹⁹ Zodat enkel die gedragingen als opzettelijke fout voor art. 1.11 nieuw BW in aanmerking komen.

³²⁰ TH. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencotractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 259-272.

³²¹ O.m. het algemeen rechtsbeginsel “*fraus omnia corrumpit*”, strafbepalingen...

³²² O.m. het aansprakelijkheidsrecht, de incidentie op verzekeringsdekking...

Daarop voortgaande, lijkt het aannemelijk dat artikel 1.11 de voordeelsafroming afhankelijk maakt van een opzettelijke fout,³²³ die bovendien is gepleegd met het oogmerk te schaden of uit winstbejag.

Het “oogmerk om te schaden” is een rechtsfeit en kan met alle bewijsmiddelen worden aangetoond.

Over de inhoud, zin en draagwijdte ervan bestaat weinig betwisting: het oogmerk om te schaden verwijst naar de bedoeling om opzettelijk schade aan een ander persoon te berokkenen³²⁴, veruiterlijkt door gedragingen die dat doel nastreven en, gebeurlijk, bereiken. Die nagestreefde schade³²⁵ kan één welbepaalde persoon treffen, een groep van personen, een collectiviteit,³²⁶ de planeet³²⁷. Het is niet nodig dat de bedrieger (m/v/x) de persoon of personen kent die effectief door zijn oogmerk om te schaden worden getroffen. Het is evenmin nodig dat hij precies weet welke schade, naar aard en omvang, door zijn oogmerk om te schaden kan worden veroorzaakt.

Het oogmerk om te schaden volstaat.³²⁸

Juristen krijgen het lastig of warm wanneer zij “het oogmerk om te schaden” moeten herkennen³²⁹, vooral wanneer de bedrieger “het oogmerk om te schaden” verpakt, de ene al wat behendiger dan de andere, met rechtshandelingen, overeenkomsten, toegepaste wetten en andere rechtsregels, waarvan hij vervolgens de toepassing, in zijn voordeel, vraagt.

11.4 Concretisering. De strijd tegen “het oogmerk om te schaden” is essentieel voor het bestaan en de handhaving van elk, en dus ook democratisch, samenlevingsverband.

³²³ Die dan niet door artikel 1.11 wordt gedefinieerd.

³²⁴ I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht, Handboek voor nu en straks*, Intersentia, 2021, p. 238, nr. 301; A.K. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit* in het privaatrecht, Brugge, Die Keure, 2013, 503p.

³²⁵ Zijnde een negatief verschil tussen de actuele toestand waarin het slachtoffer zich ten gevolge van het bedrieglijk gedrag bevindt (of zou bevinden) en de hypothetische toestand, zonder tussenkomst van bedrieglijk gedrag.

³²⁶ O.m. het daarin bestaande samenlevingsverband, de openbare orde die door de naleving van de gebiedende en verbiedende wetten wordt bewerkstelligd.

³²⁷ Het klimaat en andere ecologische evenwichten.

³²⁸ A.K. LENAERTS, o.c., 319.

³²⁹ Ook de opstellers vertonen dat symptoom in hun toelichting (zie hierna randnummer 11.5).

Het oogmerk om te schaden berust steeds, zonet in de regel, op de bedoeling van de bedrieger³³⁰ om zich materiële en/of morele voordelen toe te eigenen ten koste van anderen, die hij (m/v/x) voorbestemd om de gevolgen te ondergaan van “zijn oogmerk om te schaden”. Er is geen ontkomen aan: het oogmerk om te schaden komt neer op een opzettelijke aanslag op het voorwerp³³¹ van andermans grond- en mensenrechten.

Vermits grond- en mensenrechten tot de basisbeginselen van het democratische samenlevingsverband behoren, kan geen democratische overheid³³² personen laten betijen die handelen met het oogmerk om te schaden.³³³

Vermits brutale toeëigening van andermans goed en welzijn de snelste manier is om alle behoeften te bevredigen,³³⁴ wordt stilzitten van de overheid door anderen meteen gepercipieerd als een stille niet mis te verstane wenk dat zij beter het leger van de bedriegers vervoegen indien ze niet in het kamp van de verliezers willen belanden. Of de samenleving dat overleeft, is kennelijk hun zorg niet.³³⁵

Van de democratische wetgever kan dan ook worden verwacht en zelfs geëist dat hij de strijd tegen het oogmerk om te schaden bloedernstig neemt.³³⁶

Hij moet duidelijk bepalen dat een toerekeningsvatbaar³³⁷ persoon die weet dat zijn, zelfs voorgenomen, gedrag schade berokkent of kan berokkenen en daarmee, met kennis van zaken, doorgaat, handelt met het oogmerk om te schaden.

Hij moet eveneens bepalen dat een toerekeningsvatbaar persoon (m/v/x) die, met kennis van zaken, een toepasselijke wet, rechtsregel of algemene zorgvuldigheidnorm³³⁸, miskent terwijl hij ervan bewust is dat daardoor schade aan anderen wordt berokkend of kan worden berokkend, handelt met het oogmerk om te schaden.

³³⁰ Die ook een geweldenaar of een persoon kan zijn die misbruik maakt van andermans zwakte, onwetendheid, behoeften, al dan niet uitgelokte gevoelens...

³³¹ Bijvoorbeeld: het leven, de fysieke, psychische en/of seksuele integriteit, de gevoelens, de opvattingen, de vrijheid, het privé-leven, de eigendom...

³³² De *trias politica*.

³³³ Daaruit volgen negatieve en positieve, verticale en horizontale verplichtingen om ieders grond- en mensenrechten te verwezenlijken en te beschermen.

³³⁴ O.m. door – onbegrensde – accumulatie en concentratie van inkomsten en rijkdom.

³³⁵ Zoals het historisch onderzoek van B. VAN BAVEL (*The invisible hand. How market economies have emerged and declined since AD 500*, Oxford, University Press, 2016, 251-287) aantoont.

³³⁶ Die ernst is in artikel 1.11 ver te zoeken.

³³⁷ Die handelt en beslist uit vrije wil.

³³⁸ Die ook betrekking kan hebben op de wijze waarop subjectieve rechten worden uitgeoefend.

Het winstbejag is een variante op het oogmerk om te schaden. De persoon die winsten behaalt, weet dat die niet uit de lucht komen vallen. Hij weet dat zij steeds, op de ene of andere wijze, door anderen ten laste worden genomen.

Anderen financieren de winst door een afdracht of een kost, waardoor zij over minder middelen beschikken.

Kortom zij lijden een verlies.

Het besluit is derhalve dat een toerekeningsvatbaar persoon (m/v/x) die weet dat zijn winst wordt gefinancierd door verliezen die hij anderen doet of laat dragen en zijn winstgevende activiteiten verderzet, handelt met het oogmerk om te schaden. Hij handelt eveneens met het oogmerk om te schaden wanneer hij, om winst te maken, met kennis van zaken een toepasselijke wet, rechtsregel of algemene zorgvuldigheidsnorm miskent, wetend dat zijn winsten worden gedragen door verliezen die anderen ten laste nemen.

Is het winstoogmerk, zoals artikel 1.11 lijkt te suggereren, dan steeds te herleiden tot het – verboden – oogmerk om te schaden, zodat het tot voordeelsafroaming moet komen?³³⁹

Die stelling botst eveneens met de grond- en mensenrechten. Het is immers perfect mogelijk het winstoogmerk te verzoenen met afwezigheid van schade. Het volstaat ervoor te zorgen dat, in de ketting van rechtsverhoudingen, de winst- en verliestransferten van dezelfde orde van grootte of minstens van vergelijkbare grootte van orde blijven, zodat de effectieve levensomstandigheden³⁴⁰ die elke titularis door de uitoefening van zijn rechten en vrijheden bekommt, vergelijkbaar zijn en blijven.

Het zou, in dit kader, te ver leiden dat belangrijke aspect uit te spitten. De juridische technieken om dat resultaat te bereiken zijn overigens welbekend.³⁴¹ Zij bestaan uit publiek-³⁴² en privaatrechtelijke³⁴³ wetten die, onbegrensde, inkomsten en rijkdomaccumulatie en -concentratie, o.m. door externalisering van risico's, kosten of schade, tegengaan en/of, indien ze zich niettemin voordoen, tot herverdeling overgaan.

De proef op de som is vanzelfsprekend de toe- of afname van de vermogensongelijkheden. Zolang zij toenemen en/of niet kennelijk afnemen doen er zich excessieve en derhalve schadelijke vermogenstransferten voor, die berusten op het oogmerk om te schaden.

³³⁹ Wat zou neerkomen op het verbod om handel te drijven met winst of op het gebod om tegen kostprijs handel te drijven.

³⁴⁰ Op het vlak van veiligheid, gezondheid, onderwijs en ontplooiing (vrijheid).

³⁴¹ Maar worden niet, ontoereikend of inefficiënt toegepast.

³⁴² Fiscaal recht; sociaal zekerheidsrecht; strafrecht...

³⁴³ Correctiemechanismen op de wilsvrijheid, wilsautonomie, ondernemingsvrijheid zoals de openbare orde, de goede zeden, *fraus omnia corrumpit*, de wilsgebreken, de geoorloofde oorzaak, het geoorloofd voorwerp, de bekwaamheid, de nietigheidsleer, controle op abnormale prijzen, benadeling...

11.5 Artikel 1.11 en het algemeen rechtsbeginsel “*fraus omnia corrumpit*”. “*Fraus omnia corrumpit*” sanctioneert de persoon die handelt met het oogmerk om een ander te schaden³⁴⁴ en leidt ertoe dat hij zich niet op die handeling kan beroepen om daarmee, in zijn voordeel, een rechtsgevolg te bekomen.³⁴⁵

Fraus omnia corrumpit vergt geen “opzettelijke fout”.

Het oogmerk om te schaden volstaat om de, daaruit volgende handelingen³⁴⁶, in rechte, buiten toepassing en zonder rechtsgevolg te laten.

Nietigheid en voordeelsafroming zijn evenwel niet aan “*fraus omnia corrumpit*” besteed.

De nietigheid³⁴⁷ vergt een rechtshandeling en is overigens voorbehouden aan situaties waarin de rechtshandeling, bij haar totstandkoming, niet aan alle geldigheidsvoorwaarden voldoet.

“*Fraus omnia corrumpit*” viseert zowel rechtsfeiten als rechtshandelingen. Wanneer het algemeen rechtsbeginsel op rechtshandelingen wordt toegepast, sanctioneert “*fraus*” het bedrieglijk gebruik van de rechtshandeling,³⁴⁸ wat zich per definitie in de uitvoerings- of uitdovingsfase situeert.

De nietigheidsleer en *fraus omnia corrumpit* hebben derhalve een verschillend toepassingsgebied.

Het, in rechte, buiten toepassing en zonder gevolg laten van een bedrieglijke handeling kan bovendien niet met voordeelsafroming worden geassimileerd.

Artikel 1.11 kan derhalve niet ernstig worden voorgesteld als een verankering of verfijning van het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* in het nieuwe BW. Indien het de bedoeling van de wetgever zou zijn dat artikel 1.11 “*fraus omnia corrumpit*”³⁴⁹ vervangt, dan zou dat minstens uitdrukkelijk moeten worden gezegd zodat de rechtsonderhorige kan vaststellen dat dit algemeen rechtsbeginsel, met alle gevolgen vandien, uit het Belgische recht verdwijnt. De weg zou dan wijd open liggen voor geweldenaars, bedriegers en personen die welbewust misbruik maken van andermans zwakte, onwetendheid, behoeften, gevoelens...

³⁴⁴ A.K. LENAERTS, o.c., 318-320.

³⁴⁵ A.K. LENAERTS, o.c., 324-328.

³⁴⁶ Van welke aard of kwalificatie ook.

³⁴⁷ Zie hiervoor afdeling 4, randnummers 4.8 tot 4.14.

³⁴⁸ Wat een rechtsfeit is.

³⁴⁹ In al zijn toepassingen.

Iedereen kan dan, bij lezing van artikel 1.11 begrijpen dat een persoon die zich niet aan het oogmerk om te schaden waagt, ook niet kan winnen!

11.6 Artikel 1.11 en de “bijkomende” toelichting. De toelichting bij artikel 1.11 sluit niet aan bij de voorgestelde wettekst omdat de ontwerpers zich daarin uitputten door vergeefse en weinig geruststellende pogingen om de (onjuiste) boodschap ingang te doen vinden dat artikel 1.11 op een verfijning³⁵⁰ van *fraus omnia corrumpit* zou neerkomen.³⁵¹

Hun (onterechte) insteek verklaart wellicht waarom de opstellers in tegenstrijdigheid verstrikt raken: eerst beweren ze dat *“de fout moet worden begaan met een bijzonder opzet om een ander te schaden of om gewin te halen ten koste van een ander”*³⁵², maar weinige lijnen verder klinkt het dat *“de nieuwe bepaling (...) de vereenvoudiging en verheldering van de rechtspraak van het Hof van Cassatie na(streeft), door enkel het bestaan van een opzettelijk fout te eisen. In dat opzicht kan het bestaan van bedrog, van fraude, van misleiding of van oneerlijkheid een aanwijzing vormen voor het bestaan van een opzet tot schaden of gewin halen te koste van een ander, maar zijn deze niet vereist om aanleiding te geven tot toepassing van de regel”*³⁵³. Begrijp wie dit kan.

Even interpellierend is het voorbeeld waardoor de opstellers willen illustreren dat *“de loutere omstandigheid waarbij iemand voordeel haalt uit de miskennis van een rechtsnorm of zelfs waarbij een fout opzettelijk wordt begaan maar zonder een bijzonder opzet om een ander te schaden of daarvan profijt te trekken ten laste van een ander”*³⁵⁴, niet volstaat om artikel 1.11 toe te passen.³⁵⁵

Uit dat voorbeeld blijkt dat de opstellers, zoals vele juristen, moeite hebben om het oogmerk om te schaden te “herkennen” wanneer ze ermee geconfronteerd worden.³⁵⁶

³⁵⁰ Een verbetering?

³⁵¹ Zodat het algemeen rechtsbeginsel niet langer van nut zou zijn?

³⁵² Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 25.

³⁵³ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 25-26.

³⁵⁴ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 25.

³⁵⁵ Moeilijk inpasbaar in het voorgaande citaat.

³⁵⁶ *“Bijvoorbeeld de schuldenaar die niet beschikt over de noodzakelijke liquide middelen om al zijn opeisbare schulden te betalen en die bewust beslist om sommige leveranciers wel te betalen en andere niet, in de hoop op die manier zijn activiteit te kunnen voortzetten en een nieuwe dynamiek [men leze: winstdynamiek] op gang te brengen, handelt aldus niet met het opzet te schaden of gewin te halen ten koste van een ander”*. Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St. Kamer 2020-2021*, 55-1805/001, p. 25.

Het is verder een raadsel hoe, zoals de opstellers beweren, de nietigverklaring in de hypothese dat het wilsgebrek bedrog aanleiding geeft tot een onverschoonbare dwaling, de invloed van een opzettelijke (in werkelijkheid een bedrieglijke) fout op de verdeling van aansprakelijkheid en de mogelijkheid dat de interest de wettelijke interestvoet te boven gaat wanneer de fout een opzettelijk karakter heeft, toepassingen van winstaftocht of voordeelsafroming kunnen zijn. In die hypothesen wordt het slachtoffer immers hetzij in de oorspronkelijke toestand (bij nietigverklaring), hetzij in de hypothetische toestand (in het aansprakelijkheidsrecht) geplaatst, zonder verwijzing naar winstaftocht of voordeelsafroming.

Het is overduidelijk dat de opstellers *fraus omnia corrumpit* niet in het hart dragen. Hoewel die overweging geen enkel verband met de tekst van artikel 1.11 houdt, betogen ze, met verwijzing naar arresten van het Hof van Cassatie, dat “wel moet worden opgemerkt dat het beginsel³⁵⁷ *fraus omnia corrumpit*, waarvan de verankering beoogd wordt door de bepaling, niet zonder beperking is”³⁵⁸. Ze verwijzen met voorbeelden naar beperkingen, maar laten de verantwoording ervan in het midden. Indien de inzichten van de opstellers er hen toe brengt ‘*fraus omnia corrumpit*’ naar de prullenmand te verwijzen, zouden ze dat niet enkel in de wettekst moeten opnemen, maar zouden ze ook moeten verantwoorden waarom ze het oogmerk om te schaden in bescherming nemen door de beteugeling ervan tot een minimum te beperken of onmogelijk te maken. Noch het ene, noch het andere blijkt uit het voorgestelde artikel 1.11 of uit hun toelichting.

11.7 Geen zwanenzwang van “*fraus omnia corrumpit*”. De wettekst is de wettekst: hij heeft enkel betrekking op twee verschijningsvormen van de opzettelijke fout, waaraan de nieuwe en bijkomende (onvoldragen) sanctie van de voordeelsontneming wordt gekoppeld. De toelichting is de toelichting: daaruit blijkt dat de opstellers het algemeen rechtsbeginsel “*fraus omnia corrumpit*” niet genegen zijn, maar dat ze het niet aangedurfd hebben het brutaal af te schaffen. In die omstandigheden is er geen sprake van een zwanenzang van “*fraus omnia corrumpit*”. Hoogstens kan het voorgestelde artikel 1.11 worden gelezen als een gebrekkige toepassing van het algemeen rechtsbeginsel op het vlak van de opzettelijke fout

³⁵⁷ Niet langer een algemeen rechtsbeginsel?

³⁵⁸ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 26.

én als een nuttige suggestie om de sancties van *fraus omnia corrumpit* tot voordeelsontneming uit te breiden.

12. Stilzwijgende afstand van recht

12.1 Afstand van recht - Artikel 1.12. Het voorgestelde artikel 1.12 neemt letterlijk de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake afstand van recht over: “*Afstand van recht wordt niet vermoed. Hij kan slechts worden afgeleid uit feiten of handelingen die voor geen andere uitleg vatbaar zijn*”. De toelichting bij dit artikel is wellicht daarom bijzonder bondig.

Over afstand van recht is meer te zeggen dan dat hij niet wordt vermoed en slechts kan worden afgeleid uit feiten of handelingen die voor geen andere uitleg vatbaar zijn of, zoals uit de toelichting blijkt, dat afstand van recht beperkend moet worden uitgelegd en een eenzijdige rechtshandeling is die niet door een wederpartij moet worden aanvaard, tenzij de wet anders bepaalt.³⁵⁹

Dat afstand van recht beperkend moet worden uitgelegd, valt overigens niet in artikel 1.12 te lezen.

12.2 De draagwijdte van de afstand van recht. In wezen heeft artikel 1.12 enkel betrekking op de stilzwijgende afstand van recht. Hij kan uiteraard ook uitdrukkelijk gebeuren, zowel eenzijdig, als meerzijdig. Aangezien dit niet uit het voorgestelde artikel 1.12 blijkt, wordt hetzij best de titel aangepast tot “stilzwijgende afstand van recht”, hetzij in het artikel 1.12 vermeld dat afstand van recht hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend kan gebeuren, eenzijdig of meerzijdig kan zijn³⁶⁰ en niet aan bijzondere formaliteiten is onderworpen.

Vervolgens kan dan de regel worden opgenomen dat de stilzwijgende afstand slechts kan worden afgeleid uit feiten of handelingen die voor geen andere uitleg vatbaar zijn (wat door middel van feitelijke vermoedens kan gebeuren, zie hierna randnummer 12.4).

12.3 Beperking. Ongeacht zijn vorm en het kader waarin hij zich voordoet, heeft de afstand betrekking op een subjectief recht.³⁶¹

Subjectieve rechten zijn uitwerkingen en verschijningsvormen van grond- en mensenrechten.

³⁵⁹ Het is derhalve niet correct te schrijven, zoals in de toelichting gebeurt, dat afstand van recht steeds een eenzijdige rechtshandeling veronderstelt. Memorie van toelichting, Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 27.

³⁶⁰ Wetsvoorstel Boek I BW, *Parl. St.* Kamer 2020-2021, 55-1805/001, p. 27.

³⁶¹ Zie hiervoor afdeling 10, randnummer 10.2.

Er werd reeds beslist³⁶² dat de ontneming, als sanctie, van subjectieve rechten niet tot gevolg mag hebben dat de kern van grond- of mensenrechten van de gesanctioneerde wordt aangetast.

Zoals de democratie, raken grond- en mensenrechten, en zeker hun kern, de Europese openbare orde.³⁶³ Ook wanneer de afstand de vorm van een eenzijdige rechtshandeling heeft, kan daarom niet worden aanvaard dat de titularis door die afstand, (de kern van) een grond- of mensenrecht verliest. Over die kern kan de titularis niet beschikken.

Als dat toch gebeurt, is de afstand van recht ongeoorloofd.

Die begrenzing moet in artikel 1.12 worden opgenomen en daaruit blijken.

12.4 Stilzwijgende afstand van recht en vermoedens. Dat afstand van recht niet wordt vermoed, verwijst naar de regels inzake bewijs. Vanuit die optiek betekent art. 1.12 dat afstand van recht niet zonder meer kan worden aangenomen, maar bewezen moet worden. Dit is voor de meeste rechtshandelingen of -feiten niet anders volgens art. 8.3 nieuw Burgerlijk Wetboek, tenzij er een wettelijk vermoeden bestaat of tenzij het gaat om algemeen bekende feiten of ervaringsregels (art. 8.4 nieuw BW).

De vraag rijst dan ook of artikel 1.12 betekent dat, in afwijking van artikel 8.29. nieuw BW, afstand van recht niet kan worden bewezen aan de hand van feitelijke vermoedens. Een dergelijke interpretatie lijkt echter niet te rijmen met de vermelding in de toelichting en in artikel 1.12 dat de stilzwijgende afstand van recht *“enkel kan worden afgeleid uit feiten die niet voor een andere uitleg vatbaar zijn”*. Daaruit blijkt namelijk dat afstand van recht kan worden afgeleid uit bepaalde feiten, wat eigen is aan de techniek van het feitelijk vermoeden. Dit is overigens inherent aan het stilzwijgend karakter van de afstand: vermits de wilsuiking tot afstand van recht per hypothese niet uitdrukkelijk is, kan ze enkel worden afgeleid uit bepaalde feiten.

Wat de wettekst duidelijk maakt is dat slechts tot afstand van recht kan worden besloten, zo uit nader te bepalen feiten ondubbelzinnig de intentie van de betrokken persoon (m/v/x) blijkt om niet meer over zijn subjectief recht te beschikken. Zo die feiten niet met elkaar stroken of

³⁶² Zie o.m. GwH 9 februari 2017 (12/2017).

³⁶³ T. CORTHOUT, *EU Ordre Public*, Alphen-aan-den-Rijn, Kluwer Law International, 2012, 496 p. Er kan van een Europese openbare orde worden gesproken vermits de mensenrechten uit het EVRM blijken, bevestigd door artikel 2 VEU en door het Handvest.

tot meerdere gevolgtrekkingen kunnen leiden, mag de rechter niet tot afstand van recht besluiten. Ligt dit al niet vervat in de regel van artikel 8.29 nieuw BW dat vermoedens enkel kunnen worden aangenomen indien ze berusten op “één of meer ernstige en precieze aanwijzingen” en dat, indien ze steunen op meerdere aanwijzingen deze “overeenstemmend” moeten zijn? Zo dat niet het geval is en het voorgestelde artikel 1.12 daaraan bijkomende eisen stelt, moet zulks preciezer worden gezegd. In dat geval zou het bewijs van de wilsuïting inzake (stilzwijgende) afstand van recht aan een strengere regeling zijn onderworpen dan het bewijs van de wilsuïting in het kader van andere (stilzwijgende) rechtshandelingen waardoor subjectieve rechten of verbintenissen in het leven worden geroepen, worden gewijzigd of teniet worden gedaan. Dit verschil in behandeling zou dan ook moeten worden verantwoord.