

Code rood voor het privaatrecht – R. Feltkamp (final version published in X, Redelijk eigenzinnig : liber amicorum Eric Brewaeys, Philippe Colle, Erna Guldix en Bruno Maes, Elisabeth Alofs, Elise Goossens, Jachin Van Doninck (UGent) and Koen Byttebier (eds.), Knops publishing, 2022, p. 395-408

Publications [www.lawbackontrack](http://www.lawbackontrack) – September 2023



## **Code rood voor het privaatrecht**

**Régine Feltkamp**

**Advocaat balie Brussel, docent Vakgroep Privaat Recht VUB**

## **Inhoudstafel**

<b><i>Proloog</i></b> .....	<b>3</b>
<b><i>I.- Mindset-switch, behalve bij juristen...</i></b> .....	<b>6</b>
<b><i>II.- Nee, het privaatrecht is geen autonoom geheel van rechtsregels</i></b> .....	<b>9</b>
<b>II.a.- De rechtsstaat, de hiërarchie der rechtsnormen en het wettigheidsbeginsel</b> .....	<b>9</b>
<b>II.b.- Het recht, ordenend instrument voor een samenleven volgens vastgelegde basiswaarden</b> .....	<b>10</b>
<b>II.c.- De wetgever, hoeder van de werking van grond- en mensenrechten</b> .....	<b>11</b>
<b><i>III.- Het (privaat)recht: (mede)schuldig aan de hedendaagse maatschappelijke ontregelingen?</i></b> .....	<b>14</b>

## Proloog

Met het emeritaat van de gevierde collega's is onze vakgroep Privaat en Economisch Recht opnieuw een paar vaste waarden minder die mijn jaren aan de VUB (als studente en academicus) sierden. Eerst de professoren Casman, Flamée, Cornelis,... nu de professoren Guldix, Colle, Maes en Brewaeys.

Het doet stilstaan bij de tijd die vleugels heeft, maar helaas geen teugels.

En het doet terugdenken aan de zorgeloze studententijd - niet zo ver geleden lijkt het - waarin ik het voorrecht had om op precieze, systematische en heldere wijze de wiskunde en logica van het internationaal privaatrecht uitgelegd te krijgen door Erna Guldix, om te genieten van de inspirerende colleges verzekeringsrecht, zo enthousiast en helder door Philippe Colle gebracht, en mij kon verkneukelen aan de procedureverhalen die Eric Brewaeys ons zo sappig meegaf. Evenzo lijkt het gisteren dat ik Bruno Maes' boek "De motiveringsplicht van de rechter", als dagelijkse inspiratiebron hanteerde bij het schrijven van cassatieadviezen en -voorzieningen tijdens mijn stagejaren als advocaat.

Uiteraard wou ik ingaan op de vraag om een bijdrage te schrijven voor hun vriendenboek. Vervolgens kwam - naast de vraag wanneer dit klaar te spelen - de moeilijkere vraag naar het onderwerp: wat zou alle vier kunnen boeien?

Zoekende naar een onderwerp dat bij de expertise van elk van de gevierde collega's aansluit, leek mij uiteindelijk een door voortschrijdend inzicht ingegeven korte overpeinzing over het privaatrecht, dat zowel de gevierden onderling, als mij met hen, door de jaren heen heeft verbonden, de beste manier om hen te eren.

Met de gevierde collega's heb ik niet enkel gemeen dat we jaren binnen dezelfde vakgroep hebben samengewerkt rond het privaatrecht, maar ook dat wij "klassiek geschoolde"

privatisten zijn. Daarmee bedoel ik dat wij behoren tot een generatie die door diverse voorgangers, de klassieke privaatrechtelijke theorie, gebaseerd op het primaat van de wilsautonomie en het wilsaanvullend karakter van de rechtsregels in privaatrechtelijke verhoudingen, met de paplepel is ingegeven. Diezelfde leer hebben wij doorgegeven, zonder ze fundamenteel in vraag te (durven) stellen. Onze juridische geesten, kritisch getraind in overeenstemming met onze universiteitsleuze, waren vooral gericht op de juridische techniciteit van de privaatrechtelijke rechtsregels in het licht van hun onderlinge consistentie en de rechtszekerheid. Dat was immers de gangbare rechtsgeleerde praktijk. Zo heb ik mezelf (en twee van de gevierde collega's die in mijn doctoraatsjury zaten, waarvoor ik hen nog altijd bijzonder dankbaar ben) meer dan 1000p. lang juridisch-technisch kunnen onderhouden over diverse - uiteraard terechte - vragen betreffende de tegenwerpbaarheid van de overdracht van schuldvordering. De vraag of deze rechtsfiguur *überhaupt* vanuit maatschappelijk, ethisch of duurzaamheidsperspectief wenselijk is, gelet op de mogelijke ontregelingen die zij tot gevolg kan hebben, was toen niet aan de orde.

Sinds 2007 is er een kentering. De financiële crisis van toen, die voortkwam uit misbruiken in de financiële sector met o.a. constructies rond overdrachten van schuldvorderingen, en andere dossiers die sindsdien het daglicht hebben gezien (cfr. de Panama / Pandora papers, de Dieselgate, het CumExschandaal<sup>1</sup>, de FNG/Brantano zaak, de Shell zaak<sup>2</sup>, 3M ...) en waaruit blijkt hoe het privaatrecht systematisch wordt aangewend ten koste van de samenleving, hebben diverse collega's en mezelf tot een andere kijk op het (privaat)recht gebracht<sup>3</sup>. Wat

---

<sup>1</sup> Het CumEx schandaal verwijst naar de door een netwerk van banken, aandelenhandelaars en topadvocaten opgezette belastingfraude met dividendhandel ("dividend arbitrage"), die ontdekt werd in 2011. Volgens het collectief van onderzoeksjournalisten Correctiv werden via deze dividendhandel 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/>).

<sup>2</sup> Zie <https://milieudefensie.nl/actueel/hier-vind-je-alle-juridische-documenten-van-onze-klimaatzaak-tegen-shell> (laatst geraadpleegd op 22 augustus 2022).

<sup>3</sup> Dit leidde tot verschillende congressen en seminars, eerst gericht op de financiële sector (zoals de studiedag *Twins in trouble* in 2013 met het verslagboek X, *Law and Finance. Twins in trouble*, L. CORNELIS ed., Antwerpen, Intersentia 2014, 328p. en diverse studiedagen in het kader van de chair *Stewardship of Finance*) later ruimer zoals de studiecycclus "Het farmakongehalte van het Economisch recht" in 2018 waar gedurende verschillende studieavonden onderzocht werd hoe het economisch recht al dan niet bijdraagt tot het duurzaamheidsdebat. Ook schoten diverse collega's in de pen, zie o.m. K. BYTTEBIER, *Nu het gouden kalf verdronken is*, Antwerpen, Uitgevers, 2015, 529p.; K. BYTTEBIER, *De onvrije markt*, Antwerpen, Garant, 2016, 237p.; L. CORNELIS, "L'irresponsabilité. Tout et son contraire: au pays des merveilles", in X., *Les responsabilités en matière commerciale. Actualités et perspectives*, Edition du jeune Barreau de Liège, Anthemis, Limal, 2014, p. 217-266; L. CORNELIS, *Samenlevingsgericht (aansprakelijkheids)recht*, Antwerpen, Intersentia 2017, 218p.; L. CORNELIS, *Openbare orde. Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 944p.; L. CORNELIS, "Crisis en openbare orde: openbare orde in crisis", *TBH* 2020, p. 1284-1295. Recent leidde dit ook tot de

mezelf betreft, oorspronkelijk met wat schroom<sup>4</sup>, vervolgens, dankzij en gesterkt door o.a. de kritische en confronterende colleges van Prof. Em. Cornelis, met meer durf, i.h.b. naar aanleiding van de herziening van het Burgerlijk Wetboek<sup>5</sup>.

De inzet en het belang van de invraagstelling van de aard van het privaatrecht is niet te onderschatten. Het betreft immers het duurzaam voortbestaan en welzijn van ons zelve maar vooral van onze kinderen en hun kinderen, enz. op “onze” planeet, die op een steeds kortere termijn onomkeerbaar bedreigd worden door een reeks uiteenlopende uitdagingen<sup>6</sup>. Deze zijn allen, zoals het zesde IPCC-verslag van 9 augustus 2021<sup>7</sup> nogmaals bevestigde, te wijten aan menselijke activiteiten.

Vermits het privaatrecht het samenleven van individuen en hun activiteiten regelt, is de vraag naar de rol van het privaatrecht in dit debat, niet enkel brandend actueel, maar m.i. ook evident. Uit een pittig debat in de Commissie van Justitie van de Kamer in juni 2021 over de voorstellen voor boeken 1 (algemeen deel) en 5 (verbintenissen) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, bleek die evidentie echter minder evident dan gedacht en te worden weggelachen<sup>8</sup>.

---

inrichting van het onderzoeksplatform *Law back on track* ([www.lawbackontrack.org](http://www.lawbackontrack.org)), dat in *open access* juridisch onderzoek (in het Nederlands, Engels of Frans) publiceert met betrekking tot de wijze waarop recht en justitie momenteel bijdragen tot klimaatverandering, ecologische onevenwichten, ongelijkheid en democratische tekorten en aan de manieren waarop zij kunnen en moeten worden hervormd om deze dringende uitdagingen onder controle te krijgen binnen de planetaire en democratische perken. Zie over dit onderzoeksplatform ook L. Cornelis, “Law back on track (LBT), raadpleegbaar via <https://corporatefinancelab.org/2021/10/18/law-back-on-track-lbt/#more-15608>

<sup>4</sup> Zie R. FELTKAMP, “All Animals are Equal but Some are More Equal than Others. Inequalities in (Re)financing Mechanisms”, *Law and Finance. Twins in trouble*, L. CORNELIS ed., Antwerpen, Intersentia 2014, 251-312. Zie ook de voorzichtige suggestie, voorgesteld als mogelijk een utopie, om manipulatieve reclame, die er slechts is gericht op het bewust aanzwengelen van een artificieel geschapen gemis om consumptie aan te wakkeren, aan banden te leggen, R. FELTKAMP, “Reclame: zondige verlokking in een schapenvacht”, in *Liber amicorum Michel Flamée*, Brugge, Die Keure, 2017, 279-308. Intussen wordt de wenselijkheid van de besproken soort laakbare reclame wel meer en meer in vraag gesteld. O.a. wordt de vraag gesteld of de zogeheten “carbon majors” (zoals Shell) nog wel reclame mogen maken voor hun producten.

<sup>5</sup> Zie L. CORNELIS en R. FELTKAMP, “Geen duurzame toekomst met verouderde juridische concepten”, *De Tijd* 16 april 2021, ook beschikbaar via <https://www.tijd.be/opinie/algemeen/geen-duurzame-toekomst-met-verouderde-juridische-recepten/10298914.html>; L. CORNELIS en R. FELTKAMP, “Vrijheid, blijheid en na ons de zondvloed. Kunnen we echt niet beter?”, *Juristenkrant* 2021, p. 16-17; L. CORNELIS en R. FELTKAMP, “Editoriaal: Boeken 1 en 5 van het nieuwe BW: meer van hetzelfde voor rechtspersonen en vennootschappen?”, *TRV* 2021, p. 535. Zie ook de analyse door L. CORNELIS en R. FELTKAMP van het ontwerp van Boek 1 NBW verschenen in verschillende blogposts onder de algemene titel “Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen” op de website van het Corporate Finance Lab (<https://corporatefinancelab.org/2021/05/17/van-geen-kwaad-bewust/>) en eveneens gebundeld gepubliceerd op [www.lawbackontrack.org/publications](http://www.lawbackontrack.org/publications).

<sup>6</sup> Klimaatverandering, ecologische afbraak, ontregelingen van het milieu, de toename van de ongelijke verdeling van inkomsten en rijkdom, ontgoocheling in en desillusie over de democratie.

<sup>7</sup> Te raadplegen via <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/>.

<sup>8</sup> Zie Hoorzitting Commissie van Justitie van de Kamer in juni 2021 over de voorstellen voor boeken 1 (algemeen deel) en 5 (verbintenissen) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, te bekijken via <https://www.dekamer.be/media/index.html?language=nl&sid=55U1904#video>. (vanaf 1u15’).

Dat heeft geleid tot een verdere bezinning hierover samen met Prof. Em. Cornelis<sup>9</sup>, waarvan ik hier graag de conclusies deel. Ik zal mij zodoende beperken tot de algemene vraag welke rol het privaatrecht te spelen heeft in de duurzaamheidsdiscussie omdat dit een eerste punt is dat moet worden uitgeklaard. Voor een verdere analyse van een aantal privaatrechtelijke mechanismen die als correctief kunnen dienen om de excessen in de uitoefening van de economische activiteit<sup>10</sup>, waardoor deze maatschappelijke uitdagingen worden veroorzaakt, uit te roeien, verwijs ik graag door naar andere publicaties.<sup>11</sup>

\*

\*

\*

## I.- Mindset-switch, behalve bij juristen...

Wie de literatuur over de duurzaamheidsproblematiek erop naslaat, ziet dat reeds sinds decennia, wetenschappers, historici, psychologen, antropologen, sociologen, filosofen, en zelfs – heterodoxe – economen..., erop hameren dat we ons handelen drastisch moeten herzien, willen we het op deze planeet leefbaar houden. Bewust dat veel te maken heeft met het alles overheersend economisch model, werd en wordt dit model door verschillende auteurs openlijk en kritisch in vraag gesteld<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Zie L. CORNELIS en R. FELTKAMP, "Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen", V2, november 2021, raadpleegbaar via <https://www.lawbackontrack.org/publications/boek-1-nieuw-burgerlijk-wetboek-algemeen-deel-zoektocht-naar-oplossingen-voor-een-privatrecht-op-maat-van-de-hedendaagse-maatschappelijke-uitdagingen>.

<sup>10</sup> Zie hierover ook G. NOELS, *Gigantisme, Van too big to fail naar trager, kleiner en menselijker*, Lannoo, Tielt 2019, 236p., die een reeks excessen aanhaalt die volgens hem de oorzaak zijn van de huidige ontregelingen.

<sup>11</sup> Zie o.a. L. CORNELIS, R. FELTKAMP en A. FRANÇOIS, "Le droit privé au service d'une société durable : rêve ou réalité démocratique ?", in A. VAN HOE and G. CROISSANT (eds.), *Duurzaamheid en Recht - Le Droit et la durabilité*, Brussels, RDC/TBH and Larcier/Intersentia, 2022, 105-177 ook beschikbaar via [https://www.lawbackontrack.org/uploads/20220523\\_Le-droit-privé-au-service-dune-société-durable--rêve-ou-réalité-dé-mocratique\\_finaal\\_LBT\\_clean.pdf](https://www.lawbackontrack.org/uploads/20220523_Le-droit-privé-au-service-dune-société-durable--rêve-ou-réalité-dé-mocratique_finaal_LBT_clean.pdf).

<sup>12</sup> Zie o.a. D. H. MEADOWS, D.L. MEADOWS, J. RANDERS, W.W. BEHRENS III, *The limits to growth. A report for the Club of Rome's project on the predicament of mankind*, Londres, Earth Island Ltd., 1972, 205 p., cité ci-après comme "The limits to growth"; I. CASSIERS, K. MARÉCHAL et D. MÉDA, *Vers une société post-croissance : intégrer les défis écologiques, économiques et sociaux*, Paris, éditions de l'Aube, 2017, 216p.; T. JACKSON, *Prosperity without growth*, Londen, Earthscan, 2009; K. RAWORTH, *Doughnuts Economics, Seven ways to think like a 21<sup>st</sup>-century economist*, Cornerstone, 2018, 384p; J.E. STIGLITZ, *Freefall. Free Markets and the Sinking of the Global Economy*, Londen, Penguin, 2010, 480p. en J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality*, Londen, Penguin, 2013, 592p.; R. WILKINSON en K. PICKETT, *The spirit level. Why equality is better for everyone*, Londen, Penguin Books, 2009, 400p.

Zo legt JASON HICKEL, in zijn boek *Less is more, How Degrowth will save the world*<sup>13</sup>, haarfijn en op een (voor een jurist) verstaanbare wijze uit hoe het huidig wereldwijd gehanteerde economisch systeem, dat diepgeworteld is in het kapitalisme, aan de oorzaak ligt van de huidige alarmerende toestand van onze planeet en samenleving. Dit economisch systeem kan volgens hem geen beterschap brengen, aangezien een blijvende groei, door een blijvende stijging van productie en consumptie (lees door een verdere toe-eigening en afbraak van de rijkdommen van de planeet), tot het DNA behoort van dit systeem dat streeft naar het - koste wat het kost - genereren van ruilwaarde (en accumuleren van inkomsten) eerder dan naar het creëren van gebruikswaarde.

Het valt op dat er nagenoeg geen rechtsgeleerden zijn die zich bekommeren over de vraag of recht en justitie bijdragen tot deze planetaire en maatschappelijke crisis. Velen springen intussen wel op nieuwe regelgevende initiatieven zoals het ontwerp van richtlijn inzake “corporate sustainability due diligence”<sup>14</sup> of de Taxonomieverordening<sup>15</sup>, maar stellen zich weinig of geen vragen bij de basisregels die de economische activiteit beheersen, zoals het verbintenissenrecht of het rechtspersonenrecht, ook niet naar aanleiding van de recente fundamentele herzieningen van deze rechtsregels<sup>16</sup>.

Toegegeven, de inspanning die deze denkoefening vergt is niet te onderschatten. Ze vereist immers niet enkel een interdisciplinair onderzoek, maar ook dat met een open en kritische geest de ingelepeld juridische kost in vraag wordt gesteld en met duurzaamheidsbril wordt herbekeken. Ze vergt een mindset-switch die voor reeds gevormde juristen niet eenvoudig is, maar die, eens ze wordt ingezet, tot evidente (maar ook confronterende) vaststellingen leidt<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Uitgegeven bij Windmill books, Londen, 2021.

<sup>14</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on corporate Sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 22 februari 2022, Comm (2022) 71 te raadplegen via <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071> (vooralsnog enkel beschikbaar in het Engels)

<sup>15</sup> Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2020 betreffende de totstandbrenging van een kader ter bevordering van duurzame beleggingen en tot wijziging van Verordening (EU) 2019/2088, PB L 22 juni 2020, afl. 198, p. 13.

<sup>16</sup> Cfr. het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en verenigingen aangenomen van 2019 en het nieuw Burgerlijk Wetboek dat gefaseerd wordt ingevoerd sinds 2020.

<sup>17</sup> Zie in dit verband ook K. PISTOR, *The code of capital: how law creates wealth and inequality*, Princeton University Press, 2019, 320p.

De meesten juristen zijn zich wel degelijk bewust van de maatschappelijke uitdagingen en het feit dat deze dringend moeten worden aangepakt. Zij erkennen dat die uitdagingen zijn veroorzaakt door sinds decennia door mensen uitgeoefende economische en financiële activiteiten. Zij beamen ook dat het recht, en het privaatrecht in bijzonder, economische en financiële activiteiten van mensen mogelijk maakt en organiseert.

De logische link tussen beiden, zien ze evenwel (bewust?) niet meer. Dat het privaatrecht de betrokken uitdagingen mee heeft veroorzaakt en dat, zo men de ontregelingen wil aanpakken teneinde een duurzaam samenleven op deze planeet te garanderen, ook het privaatrecht aangepakt moet worden, ontkennen de meesten stellig.<sup>18</sup>

Het overheersend discours is dat het privaatrecht louter strekt tot de bescherming van de individuele belangen van particulieren en niet tot de bescherming van het algemeen belang<sup>19</sup>. Het privaatrecht is, volgens dit discours, autonoom<sup>20</sup> en overwegend wilsaanvullend : de regeling van de private (ruil)verhoudingen moet zoveel mogelijk overgelaten worden aan de “vrije” wil van de particulieren, die het best weten wat goed is voor hen en hun belangen, en niet ondergeschikt is aan het publiek recht.<sup>21</sup>

Het privaatrecht zou derhalve ongeschikt zijn om een rol van betekenis in het duurzaamheidsdebat (het voortbestaan van de planeet en de samenleving) te spelen. Het zou

---

<sup>18</sup> Zie Hoorzitting Commissie van Justitie van de Kamer in juni 2021 over de voorstellen voor boeken 1 (algemeen deel) en 5 (verbintenissen) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, voetnoot 8. Dit ondanks het feit dat ze, zo blijkt uit hun eigen publicaties, wel degelijk het rechtstreekse verband zien tussen het privaatrecht, en de bedreigingen waarmee het samenlevingsverband, in de komende jaren steeds meer, zal moeten afrekenen. Zie E. DIRIX, “Nieuw BW: belangrijke rol in streven naar verdelende rechtvaardigheid”, *Juristenkrant 7 oktober 2020*, 11, waarin nochtans 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)

<sup>19</sup> Zie E. DIRIX, “Het algemeen deel van het nieuw BW”, *RW 2021-22*, p. 1172, nr. 6, volgens wie publieke doelstellingen en belangen bij de invulling van het privaatrecht dan ook, in regel buiten beschouwing moeten te blijven hoewel volgens hem het privaatrecht niet onafhankelijk kan bestaan (zie *ibid.*, nr. 7) en hij ook aangeeft dat er wel degelijk een wisselwerking is tussen beide, via de regel dat via rechtshandelingen geen afbreuk mag worden gedaan aan de regels die de openbare orde aanbelangen (zie *ibid.*, nr. 6 *in fine*)

<sup>20</sup> Anders E. DIRIX, “Het algemeen deel van het nieuw BW”, *RW 2021-22*, p. 1172-1173, nr. 6, die het privaatrecht toch niet als autonoom ziet en verder (zie nr. 7) ook aangeeft dat het privaatrecht niet onafhankelijk kan bestaan van het publiekrecht).

<sup>21</sup> Zie Hoorzitting Commissie van Justitie van de Kamer in juni 2021 over de voorstellen voor boeken 1 (algemeen deel) en 5 (verbintenissen) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, voetnoot 8, zie ook H. LAMON, “Ouderwets recht”, *Jubel 21/4/21*, raadpleegbaar via <https://www.jubel.be/ouderwets-recht/>.



aan het publiekrecht toekomen, als beschermer van het algemeen belang, om de “rommel” op te ruimen.

Praktisch gezien blijft aldus voor de meeste privatisten “*business as usual*” de leuze, ondanks het feit dat die “*business*” mede dankzij het (privaat)recht, de dramatische resultaten heeft geboekt waarmee nu is af te rekenen.

Samen met Prof. Em. Cornelis ben ik tot de conclusie gekomen dat deze opvattingen over de rol van het privaatrecht niet stroken met het in België geldende principe van de rechtsstaat, met de hiërarchie der rechtsnormen en met de basisfunctie van het privaatrecht.

## **II.- Nee, het privaatrecht is geen autonoom geheel van rechtsregels**

### **II.a.- De rechtsstaat, de hiërarchie der rechtsnormen en het wettigheidsbeginsel**

In een land als België, dat zich op de klassieke democratie<sup>22</sup> beroept, geldt het beginsel van de rechtsstaat. Het principe van de rechtsstaat impliceert dat het door de overheid uitgevaardigde (objectief of positief) recht moet worden nageleefd door de personen waarop dat recht betrekking heeft (de “rechtsonderhorigen”), maar ook door de overheid zelf<sup>23</sup>. Dit principe is niet in de Grondwet vermeld maar wordt wel algemeen aanvaard door rechtspraak<sup>24</sup> en rechtsleer<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> De klassieke democratie gaat uit van de gedachtengang dat de burgers via vertegenwoordiging door gezagdragers de auteurs zijn van de maatregelen die de gezagdragers aan hen opleggen. Zie meer uitgebreid over de democratie L. CORNELIS, *Ordre Public et démocratie*, 2021, p. 40 e.v., raadpleegbaar via: [https://www.lawbackontrack.org/uploads/LBT\\_LC\\_OP\\_Episode-5.pdf](https://www.lawbackontrack.org/uploads/LBT_LC_OP_Episode-5.pdf)

<sup>23</sup> Zie L. CORNELIS en R. FELTKAMP, “Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen”, V2 November 2021, nr. 1.7 en verwijzingen aldaar, raadpleegbaar via <https://www.lawbackontrack.org/publications/boek-1-nieuw-burgerlijk-wetboek-algemeen-deel-zoektocht-naar-oplossingen-voor-een-privaatrecht-op-maat-van-de-hedendaagse-maatschappelijke-uitdagingen>.

<sup>24</sup> Zie o.a. Cass 5 november 1920, *Pas.* 1920, 240 (“Flandria” arrest: “*les gouvernants ne peuvent rien que ce qu’ils sont chargés de faire et sont, comme les gouvernés, soumis à la loi*”); Cass. 29 juli 1926, *Pas.* 1927, p. 32.

<sup>25</sup> Zie A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 22, nr. 13; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, p. 18, nr. 17; F. KRENC, *L’Etat de droit: une exigence à clarifier, un édifice à préserver*, RevTrimDrH 2021, p. 776; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid, Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, p. 7, n° 11, raadpleegbaar via <https://www.uhasselt.be/Documents/faculteiten/rechten/DoctoraatJanTheunis.pdf>.

Het objectief recht is een geordend geheel van wetten (in de ruime zin van het woord) en daarvan afgeleide jurisprudentiële rechtsregels, die op een bepaalde plaats, op een bepaald tijdstip, onder de garantie van (overheids)sanctie en -dwang afdwingbaar zijn. Dit geordend geheel is onderworpen aan wat de “hiërarchie van de rechtsnormen” wordt genoemd. Dit is een algemeen rechtsbeginsel<sup>26</sup> waardoor lager geplaatste rechtsregels voorrang verschuldigd zijn aan de hoger geplaatste. Anders gezegd, de handelingen van de gezagdragers (i.e. zowel de wetgevende, de rechterlijke als de uitvoerende macht) zijn pas rechtsgeldig indien ze in overeenstemming zijn met de regels in hogere rang (het “wettigheidsbeginsel”)<sup>27</sup>. Zo zijn de federale en de decretale wetgever, de gemeenschapsraden en de gewestraden door de Grondwet gebonden, mag een Koninklijk Besluit noch van de ordonnantie of het decreet, noch van de wet, noch van de Grondwet afwijken, moet een provinciaal reglement het Koninklijk Besluit, de ordonnantie, het decreet, de wet en de Grondwet eerbiedigen, enz...<sup>28</sup>

## **II.b.- Het recht, ordenend instrument voor een samenleven volgens vastgelegde basiswaarden**

Het recht beoogt de gedragingen in samenlevingsverband te ordenen, met als hoofdoel samenleven zonder chaos mogelijk te maken en dit volgens de basiswaarden van die samenleving. Het zijn die basiswaarden die bepalen wat al dan niet als “chaos” en als aanvaardbaar binnen de samenleving is te beschouwen. Die basiswaarden zijn vertaald in rechtsregels die afdwingbaar zijn door (overheids)sanctie en -dwang en die de handelingen, de gedragingen en de activiteiten van de leden van die samenleving regelen.

Door gedragingen op te leggen of te verbieden, bepalen de rechtsregels, rechtstreeks en onrechtstreeks, hoe het samenleven binnen een bepaalde maatschappij moet plaatsvinden. Op die manier bepalen zij tevens de levensomstandigheden van de personen, waarvoor de wetgevers verantwoordelijk zijn.

---

<sup>26</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid, Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, raadpleegbaar via <https://www.uhasselt.be/Documents/faculteiten/rechten/DoctoraatJanTheunis.pdf>, p. 18, nr. 33.

<sup>27</sup> Zie J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid, Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, p. 7, n° 11 en 12, raadpleegbaar via <https://www.uhasselt.be/Documents/faculteiten/rechten/DoctoraatJanTheunis.pdf>.

<sup>28</sup> J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, p. 18, nr. 17.

Binnen ons rechtssysteem zijn de Grondwet en, vervolgens, het EVRM en de Unie-verdragen, de hoogst geplaatste en derhalve voorranghebbende normen. De grond- en mensenrechten bepalen de (democratische) beginselen, finaliteit en werkingsregels en derhalve de structuur van het samenlevingsverband. Zij leggen de basisspelregels vast, die het samenlevingsverband beheersen.

Handelingen, gedragingen en activiteiten die zich in samenlevingsverband, in het private leven en in de verhoudingen met anderen voordoen, zijn steeds herleidbaar tot de uitoefening van die grond- en mensenrechten die, zonder discriminatie, door deze normen zijn toegekend. Door de uitoefening van zijn (m/v/x/) grond- en mensenrechten (vrijheden) bepaalt de titularis niet enkel zijn (rechts)toestand, maar, doordat deze handelingen ook steeds een externe weerslag hebben, ook die van anderen die daarmee worden geconfronteerd. Vandaar dat grond- en mensenrechten, in beginsel, noch absoluut, noch onbegrensd zijn en tegen elkaar moeten worden afgewogen.<sup>29</sup>

### **II.c.- De wetgever, hoeder van de werking van grond- en mensenrechten**

De taak van de wetgever bestaat erin om de werking van de grond- en mensenrechten voor en tussen particulieren te bewerkstelligen. Met (gebiedende of verbiedende) wetten moet de wetgever de uitoefening van grond- en mensenrechten door elke titularis en door de “anderen” garanderen en tegelijkertijd deze op zodanige wijze op elkaar afstemmen dat alle (fysieke) personen waarvoor hij verantwoordelijk is, op het vlak van veiligheid, gezondheid, onderwijs en zelfbeschikking van de best mogelijke levensomstandigheden genieten, zonder discriminatie.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Zie L. CORNELIS, *Ordre Public et démocratie*, n° 63 Episode 8/45), raadpleegbaar via [https://www.lawbackontrack.org/uploads/LBT\\_LC\\_OP\\_Episode-8.pdf](https://www.lawbackontrack.org/uploads/LBT_LC_OP_Episode-8.pdf).

<sup>30</sup> Zie in dit verband F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Brussel, Bruylant, p. 192-103: “N'est-ce pas “à l'abri de la loi”, que les libertés classiques trouvent à s'épanouir? N'est-ce pas “l'intervention de la loi” qui consacre, de manière concrète et effective, les droits nouveaux ? Telle est l'attitude de la Constitution. Elle s'en remet à la loi et à ses dérivés pour fixer le statut des libertés publiques. Cette confiance en la loi se justifie pour des raisons théoriques et pour des raisons pratiques. Les raisons théoriques sautent aux yeux. Dans une société démocratique, qui peut, mieux que les élus de la Nation agissant de concours avec le roi, fixer les règles selon lesquelles les individus pourront exercer leur liberté ? Recourir pour ce faire aux responsables de l'ordre public, soit au gouvernement et aux autorités locales, c'est exposer imprudemment la liberté; c'est établir une confusion entre celui qui

Dit houdt in dat de overheid die vaststelt dat een of meerdere personen de grondrechten van andere personen (zoals o.a. het recht op leven, het recht op eigendom, ...) onrechtmatig beperkt of aantast, moet optreden om de laatstgenoemden te beschermen en dergelijke onrechtmatige beperkingen en aantastingen te voorkomen.<sup>31</sup> De wetgever kan en moet, volgens de voorranghebbende normen en binnen de door deze normen gegeven perken, de uitoefening van grond of mensenrechten verbieden of beperken, wanneer zulks in een democratische samenleving noodzakelijk is, daarmee aan een dwingende sociale behoefte wordt beantwoordt en dit gebeurt op dienende en proportionele wijze, getoetst aan de bedoeling van de wetgever.<sup>32</sup>

Wanneer de wetgever zulks doet, moet hij de hogere normen respecteren, ongeacht of deze betrekking hebben op publieke verhoudingen (overheid - particulier) of op private verhoudingen (particulier - particulier)<sup>33</sup>, en wetten - ook de privaatrechtelijke - moeten dus conform zijn aan de Grondwet, het EVRM en de Unie-verdragen<sup>34</sup>. De verplichting tot naleving van deze hiërarchie impliceert dat er ook toezicht wordt gehouden op die naleving<sup>35</sup>.<sup>36</sup>

---

*fait la règle et celui qui est tenu de la respecter. Telle est la philosophie de base : la loi générale est appelée à préserver l'individu de l'emprise de l'exécutif.*

(...)

*Les raisons pratiques ne sont pas moins importantes. Si l'intervention de la loi peut paraître à ce point décisive dans la matière des libertés publiques, c'est parce que la Constitution a confié au législateur des tâches essentielles : régler l'exercice des libertés (art. 26 et 30), organiser la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés (art. 12, 19 et 24), définir les "cas" où l'autorité publique peut porter atteinte à la liberté (art. 12, 15 et 16), prescrire la "forme" dans laquelle ces mesures seront prises (art. 12 et 15) ou la "manière" dont elles seront conçues (art. 16). Ainsi la Constitution reconnaît les libertés essentielles. Mais la loi fédérale est habilitée à en déterminer l'aménagement."*

<sup>31</sup> Zie hierover o.m. N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 43 e.v. en verwijzingen aldaar.

<sup>32</sup> Zie L. CORNELIS, *Openbare orde, Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia 2019, p. 520-524 ; L. CORNELIS, *Ordre public et démocratie*, 2021 disponible en open access sur [www.lawbackontrack.org/nl/publications](http://www.lawbackontrack.org/nl/publications) (épisode 5/45), L. CORNELIS, R. FELTKAMP en A. FRANÇOIS, "Le droit privé au service d'une société durable : rêve ou réalité démocratique", nr. 18, p. 2 5, raadpleegbaar via [www.law.backontrack.org/publications](http://www.law.backontrack.org/publications) (deze tekst werd ook gepubliceerd in A. VAN HOE and G. CROISSANT (eds.), *Duurzaamheid en Recht – Le Droit et la durabilité*, Brussels, RDC/TBH en Larcier/Intersentia, 2022, 105-177.

<sup>33</sup> Zie A. ALEN, *Overzicht Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, p. 18, nr. 17; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, p. 18, nr. 17.

<sup>34</sup> Zie ook J.S. VAN WIJNGAERDEN, "De werking van grondrechten tussen particulieren", geïllustreerd met voorbeelden, *JurFalc* 2007-08, p. 222 en 225, die dit de doorwerking van de grond- en mensenrechten in lagere normen noemt (i.t.t. de derdenwerking van de grond- en mensenrechten, die het geval betreft waarin de rechter zich in een geschil tussen private personen beroept op een grondrecht).

<sup>35</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid, Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, p. 10, nr. 15 en aldaar aangehaalde rechtsleer, raadpleegbaar via <https://www.uhasselt.be/Documents/faculteiten/rechten/DoctoraatJanTheunis.pdf>.

<sup>36</sup> De controle op de naleving van het wettigheidsbeginsel en de hiërarchie der rechtsnormen, wordt op grond van artikel 159 van de Grondwet aan de gewone rechter toevertrouwd, die de in dit artikel aangegeven norm die deze beginselen miskent naast zich neer moet leggen. Artikel 159 van de Grondwet lijst expliciet de normen op die aan die gerechtelijke controle zijn onderworpen, zonder evenwel te verwijzen naar wetten. Sommige auteurs menen dat de gewone rechter, die een on(grond)wettige bestuurshandeling niet mag toepassen, *a fortiori* een ongrondwettige wet buiten toepassing moet laten. Anderen zien hier een voorrang van de wetgevende macht. (Zie J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid, Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, p. 177, nr. 282 e.v. 10, en aldaar aangehaalde rechtsleer, raadpleegbaar via <https://www.uhasselt.be/Documents/faculteiten/rechten/DoctoraatJanTheunis.pdf>; J. THEUNIS, De "exceptie van onwettigheid" (artikel

Wanneer de wetgever derhalve regelgeving uitvaardigt dan is hij door de Grondwet en het EVRM en de Unie-verdragen gebonden, zelfs als die regelgeving private verhoudingen regelt, zoals bijv. het Burgerlijk Wetboek. Deze hoogste rechtsnormen die tot het publiekrecht

---

159 G.W.): meer vragen dan antwoorden?” *RW* 2007-08, p. 1275-1276, nr. 27; zie ook P. MARTENS, “La Cour de cassation, la Constitution et la Cour constitutionnelle: la paix des juges?” , *JT* 2007, 653; Conclusie Proc.Gen W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, Cass 3 mei 1974 (arrest “Le Compte” ), raadpleegbaar via <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/10n4/vandermeersch.pdf>; p. 487 e.v.). Met de oprichting van het Arbitragehof in 1983 (intussen het Grondwettelijk Hof geworden), is de grondwettelijkheidstoets van wetten opgedragen aan dit Hof dat gevat kan worden via beroepen tot vernietiging of via prejudiciële vragen. In bepaalde gevallen blijven de gewone hoven en rechtbanken bevoegd voor deze controle, o.a. wanneer het geschil een grondrecht betreft die ook in een internationaal verdrag is opgenomen (de zogeheten samenloop van grondrechten) (zie hierover J. VELAERS, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten” , *TBP* 2010, p. 387 e.v.).

Verder kunnen de gewone hoven en rechtbanken het handelen of nalaten van de wetgevende macht toetsen aan het aansprakelijkheidsrecht, voor zover ze zich bij de beoordeling van de fout van de wetgevende macht houden aan een controle van de wettigheid en zich niet inlaten met een controle van de opportuniteit. Zie hierover de bijzonder uitgebreide analyse van A. WIRTGEN, “Civiele acties tegen de Staat: een verstoorde balans in de trias politica?”, in *Preadviezen 2020-2021 Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Boom Juridisch, Antwerpen, 2021, p.34 e.v., i.h.b. p. 40 (“Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat de wetgever een fout begaat, wanneer hij, hetzij, behoudens onoverkomelijke dwaling of een andere rechtvaardigingsgrond, een bovenwettelijke norm heeft geschonden die hem verplicht iets op een bepaalde manier niet te doen of wel te doen, hetzij een gedraging stelt die neerkomt op een verkeerd optreden dat beoordeeld moet worden volgens de maat- staf van een normaal zorgvuldige en voorzichtige overheid die in dezelfde omstandigheden verkeert.”) en p. 41 (“Een fout van de wetgevende macht kan voortvloeien uit een wetgevende norm die bijvoorbeeld strijdig verklaard wordt met een grondwettelijke regel, maar ook uit een lacune in de wetgeving.”) Voor de limieten aan de rechterlijke controle, zie voormelde bijdrage p. 42 e.v.

Daarenboven menen sommige auteurs dat de gewone hoven en rechtbanken, wanneer zij recht spreken zelf ook gehouden zijn door de Grondwet en dat zij het recht niet enkel moeten interpreteren in het licht van de hogere norm, maar ook de toepassing van die hogere norm moeten garanderen indien de regelgever in gebreke blijft dit garanderen (positieve verplichting van de overheid om de bescherming van de grondrechten te verzekeren, die ook geldt in private verhoudingen). Zie hierover N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 64-65. Zie over de grondwettelijkheidstoetsing door de gewone rechtbanken van privaatrechtelijke rechtshandelingen ook: O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights and contract law* , *European Review of Contract Law* 2006, p. 489 e.v. (ook raadpleegbaar via [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1367592](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1367592)). Deze auteur stelt een gradatie vast in de toetsing (gaande van een grondwettelijke interpretatie van het privaatrecht (NL en UK) tot de ondergeschiktheid van het privaatrecht aan de grondwet (Duitsland)). Zie ook C. MAK, *Fundamental rights in European contract law*, Proefschrift Universiteit Amsterdam, 2007, raadpleegbaar via [https://pure.uva.nl/ws/files/4369466/52678\\_Mak\\_manuscript\\_juli\\_2007\\_cm\\_voor\\_ub.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/4369466/52678_Mak_manuscript_juli_2007_cm_voor_ub.pdf), p. 49 e.v.; O. CHEREDNYCHENKO, “Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?” , *Utrecht Law Review* 2007, ook raadpleegbaar via [https://www.researchgate.net/publication/26493543\\_Fundamental\\_rights\\_and\\_private\\_law\\_A\\_relationship\\_of\\_subordination\\_or\\_complementarity](https://www.researchgate.net/publication/26493543_Fundamental_rights_and_private_law_A_relationship_of_subordination_or_complementarity); N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 187 e.v.; J.S. VAN WIJNGAERDEN, “De werking van grondrechten tussen particulieren”, geïllustreerd met voorbeelden, *JurFalc* 2007-08, p. 229. In de laatste twee werken wordt een overzicht gegeven van de Belgische rechtspraak en de rechtsleer met betrekking tot de derdenwerking van grond- en mensenrechten).

In het licht van het beginsel van de hiërarchie der normen en gelet op de positieve verplichting van lidstaten om de effectieve bescherming van de grond- en mensenrechten te verzekeren, is o.i. de laatste aanpak (de onderwerping van het privaatrecht aan de grondwet) de juiste. In dit verband is op de merken dat de indirecte werking van de grondrechten op het privaatrecht, via een “grondwettelijke interpretatie” ervan zonder diens “autonomie” te schenden, door de verdedigers van deze aanpak doorgaans gebaseerd wordt op het uitgangspunt dat het privaatrecht reeds de vertaling bevat van de waarden die beschermd worden door de grond- en mensenrechten zodat het niet nodig zou zijn privaatrechtelijke geschillen te verheffen tot het grondwettelijk niveau. (Zie C. MAK, *Fundamental rights in European contract law*, Proefschrift Universiteit Amsterdam, 2007, beschikbaar via [https://pure.uva.nl/ws/files/4369466/52678\\_Mak\\_manuscript\\_juli\\_2007\\_cm\\_voor\\_ub.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/4369466/52678_Mak_manuscript_juli_2007_cm_voor_ub.pdf), p. 143- 144). Dit gaat duidelijk voorbij aan het geval waarin de uitgevaardigde privaatrechtelijke regels de grondwet schenden omdat zij die waarden niet op democratische wijze vertalen, wat niet uitzonderlijk is. Zie hierover ook L. CORNELIS, *Bescherming van klimaat, biodiversiteit en ecosystemen middels subjectieve rechten*, nr. 104 e.v. raadpleegbaar via [www.lawbackontrack/publications](http://www.lawbackontrack/publications) ([https://www.lawbackontrack.org/uploads/20220321\\_Bescherming-van-klimaat-biodiversiteit..\\_17-03-2022.pdf](https://www.lawbackontrack.org/uploads/20220321_Bescherming-van-klimaat-biodiversiteit.._17-03-2022.pdf)).

behoren en hun beginselen, finaliteit en werkingsregels, moeten derhalve onverkort op het privaatrecht doorwerken.

In een coherent rechtstelsel is er derhalve geen plaats voor een “autonoom” privaatrecht, gepiloteerd door enkel de particuliere belangen, vrije wil en punctuele, heterogene tussenkomsten van de rechter. Dit privaatrecht is immers ondergeschikt aan de Grondwet, het EVRM en de Unieverdragen.

### **III.- Het (privaat)recht: (mede)schuldig aan de hedendaagse maatschappelijke ontregelingen?**

Wanneer - zoals wetenschappelijk is vastgesteld<sup>37</sup> - economische en financiële activiteiten het klimaat en de ecologische evenwichten ontregelen, tot toenemende patrimoniale ongelijkheden leiden en de democratie discrediteren, dan tasten zij de grond- en mensenrechten van anderen aan, strijden zij met dwingende maatschappelijke behoeften en gaan zij in tegen het noodzakelijke in een democratische samenleving.

Het kan niet ernstig betwist worden dat die economische en financiële activiteiten mogelijk gemaakt worden dankzij het privaatrecht. Het (rechts)personenrecht, het verbintenissenrecht, het aansprakelijkheidsrecht, het contractenrecht, het zakenrecht, de intellectuele rechten, het ondernemingsrecht, het bewijs- en geschillenrecht, ... leveren allemaal de juridische “tools” waardoor en waarmee deze activiteiten gevoerd kunnen worden en kunnen worden afgedwongen. Zij reguleren de economische en financiële gedragingen van de individuen en hun rechtspersonen en bepalen zo welke gedragingen wel of niet geduld worden.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Zie o.m. het IPCC verslag, te raadplegen via <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/>.

<sup>38</sup> Dit wordt, voor het contractenrecht, treffend verwoord door P. LEQUET: “(...) *Le contrat véhicule d’abord des risques pour l’environnement. Accord de volontés producteur d’obligations, il est l’outil de la poursuite des intérêts individuels. Dans une économie libérale, il incarne l’instrument juridique obligatoire de l’échange des biens et des services. Il rend possible l’économie de marché et la société de consommation. Le contrat est le vecteur du développement économique par excellence. En ce qu’il permet l’échange des biens et des services nocifs pour l’environnement, la consommation de biens environnementaux non renouvelables ou impliquant la pollution de l’environnement, il contribue à la crise écologique. Le contrat représente aussi la technique la plus classique d’aménagement, voire de contournement des responsabilités. Le contrat pourrait donc supposer une prise de risque environnemental inacceptable s’il n’était*

Het besluit kan dan ook niet anders zijn dat, zo we nu geconfronteerd worden met levensbedreigende ontregelingen die het gevolg zijn van menselijke, economische en financiële activiteiten, het privaatrecht dergelijke ontregelingen mee mogelijk heeft gemaakt en maakt.

Wil men ervoor zorgen dat verdere ontregelingen een halt worden toegeroepen, dan moet dit privaatrecht dringend worden aangepakt en bijgesteld.<sup>39</sup> Er moet derhalve worden onderzocht op welke wijze elke<sup>40</sup> regel van het privaatrecht op zichzelf of in combinatie met andere rechtsregels bijdraagt aan de ontregelingen en welke maatregelen moeten worden genomen om dit te verhinderen.<sup>41</sup>

Het privaatrecht heeft zodoende wel degelijk een rol te spelen in de verwezenlijking van de duurzaamheid van het (democratische) samenlevingsmodel, waarvan de beginselen, de finaliteit en de werkingregels uit de Grondwet, en, vervolgens, het EVRM en de Unie-waarden en doelstellingen (artikelen 2 en 3 VEU) blijken.

De wetgever die het voorgaande niet inziet en geen maatregelen neemt om het privaatrecht bij te sturen<sup>42</sup> (en, integendeel, de mechanismen waarmee excessen gecorrigeerd kunnen

---

*pas cantonné aux personnes qui y ont consenti (...).*” Zie P. LEQUET, *L’ordre public environnemental et le contrat de droit privé*, doctoraal proefschrift Université Paris Saclay (COMUE), 2019, p. 1, raadpleegbaar via <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-03506212>.

<sup>39</sup> Zie hierover meer algemeen U. MATTEI en A. QUARTA, *The turning point in private law. Ecology, technology and the commons*, Cheltenham (UK) en Northampton (MA, USA), Edward Elgar Studies Publishing, 2018-2019, 171p. T. PIKETTY, *Capital et idéologie*, Paris, Seuil, 2019, 1119p; K. PISTOR, *The code of capital. How the law creates wealth and inequality*, Princeton en Oxford, Princeton University Press, 2019, 320p.; L. CORNELIS, *Openbare Orde*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 941p.; L. CORNELIS, *Ordre public et démocratie*, 2021, raadpleegbaar via <https://www.lawbackontrack.org/publications/ordre-et-democratie>. Zie voor wat betreft een bespreking van het ontwerp van Boek 1 (Algemeen deel) van het Burgerlijk Wetboek, L. CORNELIS en R. FELTKAMP, “Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen”, V2, november 2021, raadpleegbaar via : <https://www.lawbackontrack.org/publications>

<sup>40</sup> Een paar bepalingen toevoegen teneinde meer rechtvaardige contractverhoudingen en “flexibiliteit” tot stand te brengen (overigens zonder de draagwijdte en gevolgen van die bepalingen kritisch te bekijken) is derhalve niet voldoende om te garanderen dat boek 5 van het NBW de duurzaamheidsproblematiek effectief in acht neemt en, conform de grondwettelijke beginselen, te garanderen dat aan elkeen gelijkaardige levensomstandigheden worden aangeboden.

<sup>41</sup> Zie voor een kritische analyse van de ontwerpen van boeken 1 en 5 NBW, L. CORNELIS en R. FELTKAMP, “Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen”, V2, november 2021, raadpleegbaar via <https://www.lawbackontrack.org/publications/boek-1-nieuw-burgerlijk-wetboek-algemeen-deel-zoektocht-naar-oplossingen-voor-een-privaatrecht-op-maat-van-de-hedendaagse-maatschappelijke-uitdagingen>.

<sup>42</sup> Door adequate regels in te voeren die ervoor zorgen dat excessen die tot de aangehaalde ontregelingen leiden op gepaste wijze kunnen worden aangepakt. Het is nu uitkijken naar o.a. het nog op tafel liggend ontwerp van nieuwe boek van het NBW inzake aansprakelijkheidsrecht en naar de wijze waarop in het aansprakelijkheidsrecht zal worden omgesprongen met de duurzaamheidsproblematiek. Zo rijst de vraag of naar Frans voorbeeld, een specifieke bepaling zal worden opgenomen inzake ecologische schade.

worden<sup>43</sup>, afbouwt), miskent de hogere rechtsnorm en brengt zijn verantwoordelijkheid in het gedrang.

Hetzelfde geldt voor de hoven en rechtbanken die de rechtsregels moeten toepassen met respect voor de hiërarchie der rechtsnormen<sup>44</sup>.

De rechtsgeleerde, de advocaat of de jurist die zijn (m/v/x) ogen hiervoor sluit, steekt zijn (m/v/x) kop in het zand en mist de kans om constructief bij te dragen tot een duurzame samenleving.

---

<sup>43</sup> Zoals o.a. de regel dat rechtshandelingen die afbreuk doen aan de (wetten die de) openbare orde (aanbelangen) of aan de goede zeden geen gevolg kunnen hebben, de regels inzake geoorloofd voorwerp of geoorloofde oorzaak van rechtshandelingen, de regels inzake nietigheid, de regels inzake *fraus omnia corrumpit*. Zie hierover L. CORNELIS en R. FELTKAMP, "Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen", V2, November 2021, raadpleegbaar via : <https://www.lawbackontrack.org/publications>; L CORNELIS, R. FELTKAMP en A. FRANÇOIS, "Le droit privé au service d'une société durable : rêve ou réalité démocratique", nrs. 15-49, beschikbaar via [www.law.backontrack.org](http://www.law.backontrack.org) / publications (deze tekst werd ook gepubliceerd in A. VAN HOE and G. CROISSANT (eds.), *Duurzaamheid en Recht – Le Droit et la durabilité*, Brussels, RDC/TBH en Larcier/Intersentia, 2022, 105-177.

<sup>44</sup> De grondwettelijkheidstoets van wetgeving is uitdrukkelijk aan het Grondwettelijk Hof opgedragen, maar dat neemt niet weg dat de gewone hoven en rechtbanken, wanneer zij recht spreken zelf ook gehouden zijn door de Grondwet en dat zij het recht niet enkel moeten interpreteren in het licht van de hogere norm, maar ook de toepassing van die hogere norm moeten garanderen indien de regelgever in gebreke blijft dit te doen (positieve verplichting van de overheid om de bescherming van de grondrechten te verzekeren, die ook geldt in private verhoudingen). Zie meer uitgebreid L. CORNELIS en R. FELTKAMP, "Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen", V2, November 2021, voetnoot nr. 40, raadpleegbaar via <https://www.lawbackontrack.org/publications/boek-1-nieuw-burgerlijk-wetboek-algemeen-deel-zoektocht-naar-oplossingen-voor-een-privatrecht-op-maat-van-de-hedendaagse-maatschappelijke-uitdagingen>.