

Faculteit Rechtsgeleerdheid
Universiteit Gent

Academiejaar 2014-2015

**DE NIETIGHEID WEGENS SCHENDING VAN FORMALITEITEN IN
OVEREENKOMSTEN: EEN ONVOLMAAKTE SANCTIE IN EEN
ONGEMAKKELIJKE HOOFDROL**

Masterproef van de opleiding
'Master in de rechten'

ingediend door

Dimitri Sonck

(studentennr. 01002510)

Promotor: Prof. Dr. Ignace Claeys
Commissaris: Floortje Buysens

**DE NIETIGHEID WEGENS SCHENDING VAN FORMALITEITEN IN
OVEREENKOMSTEN: EEN ONVOLMAAKTE SANCTIE IN EEN
ONGEMAKKELIJKE HOOFDROL**

INHOUDSTAFEL

VOORWOORD	4
INLEIDING	5
DEEL 1. DE ONVOLMAAKTE NIETIGHEIDSLEER	9
HOOFDSTUK 1 - DE EVOLUTIE VAN DE NIETIGHEIDSLEER	9
1. DE "KLASSIEKE" THEORIE	9
2. KRITIEK OP DE KLASSIEKE THEORIE	12
HOOFDSTUK 2 - DE HEDENDAAGSE NIETIGHEIDSLEER	14
1. DE NIETIGHEIDSLEER VANDAAG	14
2. DE NIETIGHEIDSLEER VANDAAG: ONVOLMAAKTHEDEN	18
A. het vervagende onderscheid tussen dwingend recht en openbare orde	19
B. het essentieel gerechtelijk karakter van de nietigheid	26
C. de verjaarbaarheid van beide nietigheden	35
3. POGINGEN OM DEZE ONVOLMAAKTHEDEN OP TE VANGEN	37
A. Ad hoc oplossingen	37
B. Voor niet geschreven houden	38
C. Onwerkzaamheid	40
D. Nietigheid van rechtswege	41
E. Onbestaanbaarheid	42
4. EVALUATIE: ZIN EN ONZIN VAN DE AFZONDERLIJKE BEGRIPPEN	43
DEEL 2. DE NIETIGHEID WEGENS SCHENDING VAN FORMALITEITEN	46
HOOFDSTUK 1 - FORMALITEITEN IN OVEREENKOMSTEN	46
1. SOORTEN FORMALITEITEN: GELDIGHEID, BEWIJS, TEGENWERPELIJKHEID	46
2. INDELING VAN FORMALITEITEN ALS GELDIGHEIDSVEREISTE	48
A. Indeling naar doelstelling	48
B. Indeling naar verschijningsvorm	51
C. Indeling naar rechtsgevolg	54
(i) Uitdrukkelijk bepaalde sancties	55
(ii) Niet-uitdrukkelijke sancties	57
HOOFDSTUK 2 - DE SANCTIONERING VAN DE FORMALITEIT	59
1. PRINCIPE: VERNIETIGBAARHEID VAN DE OVEREENKOMST OF HET BEDING	59
2. TEMPERINGEN VAN DE NIETIGVERKLARING WEGENS SCHENDING VAN FORMALITEITEN	63
A. Misbruik van de nietigheidsvordering	64
(i) Criteria van rechtsmisbruik	64

(ii) Toepassing van het rechtsmisbruik op formaliteiten	66
B. Wilsgebreken – vermoeden van dwaling	76
(i) Principe	76
(ii) Commerciële samenwerkingsovereenkomsten	83
(iii) Consumentenkrediet	92
C. Analogie met procesrechtelijke nietigheidsleer	96
(i) De nietigheidsleer in het burgerlijk procesrecht	97
(ii) Verschillen en parallellen met het verbintenissenrecht	100
(iii) Mogelijke analogieën – voorbeelden	103
<u>DEEL 3. CONCLUSIE: DE ROL VAN EEN ONVOLMAAKTE SANCTIE BIJ DE SCHENDING</u>	
<u>VAN FORMALITEITEN</u>	105
<u>BIBLIOGRAFIE</u>	112

VOORWOORD

Het schrijven van een masterproef is voor elke student zowel een boeiende als een stresserende onderneming. Wat de verhouding tussen die twee betreft, kan ik enkel voor mezelf spreken. Ik mag mijzelf tot de gelukkigen rekenen die de masterproef vooral hebben ervaren als een interessante uitdaging. Dat heeft alles te maken met het gekozen onderwerp. Het verbintenissenrecht is een dankbaar onderzoeksobject. Zowat het hele economische leven wordt uiteindelijk beheerst door niets meer dan toegepast verbintenissenrecht. Dat maakt het één van de meest fundamentele rechtstakken, met inzichten die een brede draagwijdte kennen en de aspirant-jurist een leven lang dienen. Kortom: ideaal voor een eindwerk.

Deze masterproef had niet tot stand kunnen komen zonder de hulp van een aantal mensen. Ik wil graag mijn dank uiten aan prof. Ignace Claeys voor zijn nuttige richtlijnen en tips. Natuurlijk verdienen mijn ouders de grootste dank voor hun ondersteuning en vertrouwen gedurende mijn hele opleiding. Ook mijn vrienden ben ik dankbaar voor de nodige verstrooiing. *Last but not least* wil ik ook mijn vriendin Astrid bedanken om steeds voor mij klaar te staan.

Liedekerke

Mei 2015

INLEIDING

1. De nietigheid van verbintenissen is één van de meest fundamentele basisconcepten uit ons recht. Maar de nietigheid is uiteindelijk slechts het negatief van dat andere basisprincipe: de wilsautonomie. In onze maatschappij zijn individuen principieel vrij om hun rechtspositie naar eigen goeddunken te bepalen.¹ Dit kunnen zij doen door middel van het stellen van rechtshandelingen, zoals het aangaan van een overeenkomst.² De wilsautonomie is in dat opzicht de moeder van de contractvrijheid: partijen bij een mogelijke overeenkomst bepalen zelf of zij een overeenkomst sluiten en wat de inhoud daarvan zal zijn.³ Die vrijheid is uiteraard niet onbegrensd. De contracterende individuen maken deel uit van een maatschappij waarvan zij de regels en waarden onderschrijven. De maatschappij biedt via het recht een kader waarbinnen partijen die vrijheid kunnen beleven op een manier die strookt met de waarden die zij onderschreven hebben. Die waarden vinden hun meest concrete uiting in de vele regels van dwingend recht en openbare orde waarmee het domein van het contractenrecht bezaaid is. Dit kader begrenst dus de (contract)vrijheid van partijen, maar biedt tegelijkertijd bescherming aan partijen doordat het recht in principe zal meewerken en steun zal verlenen aan de uitvoering van de toegelaten verbintenissen. Het recht zal moeten optreden tegen handelingen van partijen die de grenzen van dit kader te buiten gaan. Wanneer partijen hun rechtspositie regelen op een manier waaraan het recht geen steun wil verlenen, dan verschijnt de figuur van de nietigheid ten tonele. De nietigheid vormt de ultieme demarcatie van de vrijheid van de partijen.

2. Men zou dus verwachten dat de uitwerking van een dergelijk belangrijk concept grote aandacht zou genieten van de wetgever. Maar niets is minder waar. Voor het gemeen contractenrecht is de theorie van de nietigheid slechts

¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 103-104.

² P. VAN OMMESLAGHE, "l'Autonomie de la volonté: du code civil à nos jours" in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (1) 11-12.

³ P. VAN OMMESLAGHE, "l'Autonomie de la volonté: du code civil à nos jours" in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (1) 12.

terug te vinden in art. 1304-1314 BW, als één van de uitdovingsgronden van overeenkomsten. Zelfs in die aantal artikelen vinden we weinig belangstelling van de wetgever om de figuur gedetailleerd te behandelen. Die geringe belangstelling heeft tot gevolg dat de figuur van de nietigheid grotendeels een kind is van evoluerende en wijzigende rechtspraak en rechtsleer. Wanneer juristen spreken over de nietigheid, citeren ze dan ook zeer vaak graag de volgende vaststelling van Henri DE PAGE: “*la théorie des nullités est une des plus obscures qui soient.*”⁴ Zoals zo vaak bestaat er in de rechtspraak en rechtsleer geen volledig unanieme visie op de theorie van de nietigheid, zodat de nietigheid een figuur is die wordt geplaagd door onzekerheden en discussies, en openstaat voor nieuwe ontwikkelingen. De nietigheid is inderdaad een *onvolmaakte sanctie*.

3. Ondanks het feit dat er geen volledig uitgewerkte - laat staan unanieme - theorie van de nietigheid bestaat, wordt de nietigheid soms wel op een drastische manier door de wetgever gebruikt. De nietigheid wordt namelijk gekoppeld aan bepaalde formaliteiten die de wetgever aanwendt ter bescherming van zwakkere partijen in het contractenrecht. De aanwending van dergelijk beschermingsmechanisme kan drastische en nadelige gevolgen hebben. De nietigheid speelt zo soms *een ongemakkelijke hoofdrol*.

4. In deze masterproef onderwerpen we daarom de figuur van de nietigheid aan een onderzoek op twee vlakken.

In een eerste luik (Deel 1) onderzoeken we de nietigheidsfiguur als *onvolmaakte sanctie*. De kwalificering van de nietigheid als sanctie is op zich al het resultaat van een evolutie in de rechtsleer. Daarom overlopen we eerst kort de evolutie van de nietigheidsleer tot haar huidige vorm. Daarna volgt het eigenlijke onderzoek in het eerste deel. Op basis van een analyse van de belangrijkste eigenschappen van de nietigheid gaan we na welke gebreken of problemen deze figuur vertoont in de huidige stand van rechtspraak en rechtsleer. Vervolgens

⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 141.

bekijken we welke pogingen er zijn ondernomen om deze onvolmaaktheden op te vangen: zijn er andere mechanismen terug te vinden die één of meerdere gebreken van de nietigheidsfiguur kunnen opvangen? Deze afzonderlijke figuren worden geëvalueerd.

In een tweede luik (Deel 2) onderzoeken we de nietigheid als sanctie *in een ongemakkelijke hoofdrol*. Daarbij spitsen we ons toe op de nietigheid wegens schending van formaliteiten in overeenkomsten. Formaliteiten in overeenkomsten worden door de wetgever vaak gebruikt ter bescherming van de zwakke contractpartij. De schending van dergelijke formaliteiten leiden in beginsel tot de nietigheid van de overeenkomst. Toch lijkt de nietigheid in sommige gevallen geen gepaste sanctie. Binnen de afbakening van het onderzoek gaan we na waarom de nietigheid soms niet gepast is. We onderzoeken vervolgens welke remmen er kunnen staan op de nietigverklaring van overeenkomsten wegens de schending van formaliteiten. We beperken ons niet tot de temperingen die vandaag in het recht bestaan, maar proberen ook te kijken of er in de rechtsleer of elders melding wordt gemaakt van nieuwe mechanismen die deze rol zouden kunnen vervullen. Bij de zoektocht naar een dergelijk mechanisme gebruiken we het gemeen recht als leidraad.

5. Daarbij horen ook de nodige beperkingen. Bij het onderzoek naar de mogelijke temperingen van de nietigheid wegens schending van formaliteiten beperken we onze focus voornamelijk tot consumentenkredieten en commerciële samenwerkingsovereenkomsten. De beperking wordt verantwoord door de overweging dat de mogelijke temperingen concreet moeten worden besproken zonder al te veel te vervallen in de bespreking van formaliteiten van allerlei overeenkomsten. De keuze voor het consumentenkrediet en de commerciële samenwerkingsovereenkomst wordt verantwoord door het feit dat deze overeenkomsten de meest frappante voorbeelden zijn met elk hun eigen bijzonderheden. Bovendien kunnen we door de verschillende hoedanigheden van de respectievelijke partijen (consument/niet-consument) een zo breed mogelijk toepassingsgebied van de onderzochte temperingen verdedigen.

6. In de conclusie (Deel 3) proberen we de vergaarde inzichten uit de beide luiken te bundelen. Is de nietigheid wegens schending van formaliteiten in overeenkomsten werkelijk een onvolmaakte sanctie in een ongemakkelijke hoofdrol? Kunnen de in het eerste luik besproken moeilijkheden ons iets wijzer maken met betrekking tot de nietigheid wegens schending van formaliteiten?

DEEL 1. DE ONVOLMAAKTE NIETIGHEIDSLEER

HOOFDSTUK 1 - DE EVOLUTIE VAN DE NIETIGHEIDSLEER

1. DE “KLASSIEKE” THEORIE

7. Aan het einde van de 19^{de} eeuw werd de gangbare nietigheidsleer beheerst door het onderscheid tussen de “nietige (onbestaande)” en de “vernietigbare” rechtshandeling.⁵ Het is dan ook op de fundering van deze tweedeling dat sommige rechtsgeleerden begin 20^{ste} eeuw hun pijlen zouden richten. Nochtans vertegenwoordigt deze zogenaamde klassieke theorie slechts een deel van het negentiende-eeuwse nietigheidsdenken. Verschillende rechtsgeleerden zouden reeds hun voorbehoud formuleren tegenover de gevolgen en de fundering van deze tweedeling, of een eigen onderscheid vooropstellen. In wat volgt overlopen we kort de inhoud van deze klassieke theorie, maar staan we ook stil bij een belangrijke negentiende-eeuwse theorie die helemaal niet past in het “klassieke” kraam. Een schets van deze historische evolutie van het concept ‘nietigheid’ is belangrijk voor het latere inzicht in de verschillende hedendaagse concepten. Wanneer later verwezen wordt naar de klassieke theorie, wordt hiermee de hieronder besproken theorie bedoeld.

8. Het onderscheid tussen nietigheid en vernietigbaarheid is gebaseerd op de intensiteit van het gebrek waarmee de voorgenomen rechtshandeling is behept: wanneer een essentiële vereiste voor de totstandkoming van de rechtshandeling geheel ontbreekt, is de rechtshandeling “(absoluut) nietig”.⁶ Deze nietigheid werkt van rechtswege en heeft dus onmiddellijk gevolg, zonder dat de rechter zich hierover eerst moet uitspreken.⁷ Eigenlijk is de rechtshandeling dus onbestaand, omdat ze nooit in de juridische werkelijkheid is

⁵ J. HIJMA, *Hoe nietig is nietig? Beschouwingen omtrent het nietigheidsbegrip in het contractenrecht*, Gent, Story-Scientia, 1998, 3-4.

⁶ E. VIEUJEAN, C. RENARD, “Nullité, inexistance, et annulabilité en droit civil Belge”, *Ann. Dr. Liège*, 1962, (243) 245.

⁷ E. VIEUJEAN, C. RENARD, “Nullité, inexistance, et annulabilité en droit civil Belge”, *Ann. Dr. Liège*, 1962, (243) 245.

getreden (*infra*). De vernietigbare rechtshandeling daarentegen, verenigt wel alle elementen die nodig zijn voor haar bestaan, maar één of meerdere van deze elementen zijn imperfect.⁸ De daaruit voortvloeiende overeenkomst kan daarom vernietigd worden, maar blijft gewoon bestaan zolang dat niet gebeurt.

De redenering is dat een overeenkomst waarvan een van de basisvereisten geheel ontbreekt, eigenlijk geen echt contract is. Zonder alle fundamentele bouwstenen vereist door het recht kan men geen constructie maken die het recht als “een overeenkomst” identificeert. Er is louter iets feitelijks gebeurd, dat enkel lijkt op een contract, maar er geen is. Men is er niet in geslaagd het bouwsel een juridisch erkend bestaan te geven. Opdat het recht bepaalde overeenstemmende feitelijke gedragingen zou kwalificeren als “een overeenkomst”, vereist zij de aanwezigheid van toestemming, van een voorwerp, een oorzaak. Zodra één van deze elementen afwezig is, kan er geen sprake zijn van een overeenkomst. Maar ook het feit dat de afgestemde gedragingen een resultaat zouden bekomen dat strijdig is met de openbare orde of goede zeden kunnen verhinderen dat een overeenkomst zelfs nog maar tot stand komt: de conformiteit van de overeenkomst met de openbare orde of goede zeden is in dit opzicht dus een essentiële basisvereiste.⁹

9. Anderzijds kunnen partijen wel een constructie optrekken met alle nodige bouwstenen en zodoende “een overeenkomst” sluiten, maar gebruikmakend van bouwstenen die gebrekkig zijn. Zo zal de constellatie van afgestemde feitelijke gedragingen waarbij toestemming, voorwerp en oorzaak aanwezig zijn, wel degelijk geïdentificeerd worden als “overeenkomst”. Het feit dat bijvoorbeeld de toestemming gebrekkig is (door een wilsgebrek), verhindert niet dat overeenstemmende gedragingen bestaan in de juridische realiteit als “overeenkomst”. De bouwsteen van de “toestemming” is wel degelijk aanwezig, maar alleen zit er een scheur in, waardoor de constructie mogelijk kan instorten als ze niet gestut wordt door bevestiging van de aangetaste overeenkomst. De

⁸ E. VIEUJEAN, C. RENARD, “Nullité, inexistance, et annulabilité en droit civil Belge”, *Ann. Dr. Liège*, 1962, (243) 245

⁹ M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Parijs, L.G.D.J., 2002, 26.

wankele constructie bestaat, maar kan vernietigd worden als men ervoor kiest de scheur te laten bestaan en de constructie te doen instorten.

10. Volgens deze logica vallen nietigheid en niet-bestaan samen, omdat men het al dan niet bestaan van een rechtshandeling beoordeelt aan de hand van de juridische realiteit (i.t.t. de feitelijke realiteit). Niet-bestaan houdt dan in dat een rechtshandeling niet vanuit de sfeer van het feitelijke naar de sfeer van het juridische kan overgaan. Ook in de Nederlandse rechtsleer was dit het uitgangspunt.¹⁰ Deze visie wijst zoals gezegd eerder op de intensiteit van de nietigheid, en niet zozeer op een logisch verband tussen nietigheid en niet-bestaan.¹¹

11. Maar het al dan niet bestaan van een rechtshandeling kan ook afgetoetst worden aan de feitelijke realiteit in plaats van aan de juridische realiteit. De nietigheid en het niet-bestaan vallen dan niet meer samen, maar vormen twee afzonderlijke categorieën. Ook deze idee was aanwezig in de 19^{de}-eeuwse rechtsleer, hoewel ze de “klassieke” theorie tegenspreekt. Met name AUBRY en RAU stonden de tweedeling tussen nietigheid en niet-bestaan voor.

Die denkers onderscheidde de nietige rechtshandeling van de onbestaande rechtshandeling.¹² Een onbestaande rechtshandeling is de handeling die de essentiële vereisten nodig voor haar totstandkoming ontbreekt. De onbestaande rechtshandeling is uiteraard “niet” van rechtswege, en moet dus niet eerst door de rechter worden uitgesproken. Daarenboven kan de onbestaanbaarheid ook niet verjaren, noch bevestigd worden door een partij. De nietige rechtshandeling daarentegen is de handeling die bij haar totstandkoming een regel van dwingend recht of openbare orde schendt. De nietigheid is in deze betekenis ook altijd een vernietigbaarheid: zowel de absolute als de relatieve nietigheid moet verplicht

¹⁰ J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Zoeterwoude, Kluwer-Deventer, 1988, 53-54.

¹¹ M. CUMYN, *La validité du contract suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Parijs, L.G.D.J., 2002, 23.

¹² M. CUMYN, *La validité du contract suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Parijs, L.G.D.J., 2002, 25.

voor de rechter worden gevorderd, en kan bevestigd worden hetzij door een partij, hetzij door verjaring.

12. De klassieke theorie onderscheidt kortom de absolute (en radicale) nietigheid van de vernietigbaarheid naargelang de intensiteit van het gebrek dat de rechtshandeling aantast. De theorie van AUBRY & RAU veronderstelt echter een ander criterium: het doel van de geschonden wet.¹³ De absolute nietigheid is niet minder radicaal dan de vernietigbaarheid, maar vormen beide vernietigbaarheden. Heeft de wet de bescherming van de openbare orde op het oog, dan zal er sprake zijn van absolute nietigheid. Beschermt de geschonden wet enkel private belangen, dan zal de nietigheid relatief zijn. De onbestaande rechtshandelingen vormen daarnaast een geheel eigen categorie. We zouden kunnen stellen dat de (absolute dan wel relatieve) nietigheid op haar beurt wordt onderscheiden van het niet-bestaan naargelang we de rechtshandeling beoordelen in de respectievelijk juridische of feitelijke realiteit. (Ver)nietig(baar)heid situeert zich in de sfeer van het juridische (strijdigheid met een rechtsnorm), niet-bestaan situeert zich in de sfeer van het feitelijke (ontbreken van een essentieel element van een overeenkomst).

2. KRITIEK OP DE KLASSIEKE THEORIE

13. Op de zogezegde klassieke theorie komt aan het begin van de 20^{ste} eeuw kritiek vanuit zowel Nederlandse als Franse hoek. In ons land zal vooral de Franse kritiek op de “juridische non-existentie” een grote invloed hebben. Met name de Franse rechtsgeleerde JAPIOT kan beschouwd worden als de grondlegger van de huidige nietigheidsleer in België.

14. De klassieke theorie van LAURENT & DEMOLOMBE beschouwt de nietigheid als een kenmerk van de rechtshandeling die in strijd is met het recht. De nietigheid is inherent aanwezig in de aangetaste handeling. Wanneer de

¹³ Een criterium dat niet door hen werd uitgevonden, maar reeds aan het begin van de 19^{de} eeuw verdedigd werd. Zie M. CUMYN, *La validité du contract suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Parijs, L.G.D.J., 2002, 23-24.

aanwezigheid van dit kenmerk in een geschil op tafel wordt gelegd, zal de rechter “*l’état de l’acte*” als zijnde nietig vaststellen in rechte en aldus verklaren dat de betreffende rechtshandeling nietig is. Het vonnis van de rechter is met andere woorden declaratief, en niet constitutief: het vonnis geldt tot vaststelling van de aanwezige nietigheid, maar doet niet de nietigheid zelf ontstaan.¹⁴ De nietigheid speelt al bij de totstandkoming zelf van de rechtshandeling.

15. JAPIOT kadert de nietigheid niet in de fase van de totstandkoming van de rechtshandeling, maar in de fase van de uitvoering van de rechtshandeling. De nietigheid is niet zozeer een inherente toestand van een aangetaste rechtshandeling, maar eerder een sanctie voor de gebrekkige totstandkoming ervan.¹⁵ Bijgevolg moet men het effect van de nietigheid niet zoeken in het “juridisch niet tot stand komen”, maar in de weigering om bepaalde gevolgen van de (wel degelijke bestaande) rechtshandeling te laten doorgaan.

Dit betekent dat iemand die geconfronteerd wordt met een aangetaste rechtshandeling, het recht heeft om zich daartegen te verzetten en bepaalde gevolgen ervan te negeren. JAPIOT spreekt over de nietigheidsvordering als een recht op kritiek, waarbij gegronde kritiek op zijn beurt uitmondt in een minstens gedeeltelijke onwerkzaamheid van de rechtshandeling.¹⁶ De nietigheid werkt niet *in actu*, maar *in personis*, namelijk voor diegene die het kritiekrecht heeft.

16. Het gevolg is dat een rechtshandeling die tot stand is gekomen in strijd met het recht, wel degelijk bestaat – zowel feitelijk als juridisch – zelfs als er een essentieel element ontbreekt. Zolang niemand zich tegen de gevolgen van een dergelijke rechtshandeling verzet, behoudt ze haar volledige werking. De

¹⁴ E. VIEUJEAN, C. RENARD, “Nullité, inexistence, et annulabilité en droit civil Belge”, *Ann. Dr. Liège*, 1962, (243) 250.

¹⁵ E. VIEUJEAN, C. RENARD, “Nullité, inexistence, et annulabilité en droit civil Belge”, *Ann. Dr. Liège*, 1962, (243) 260-261.

¹⁶ BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, DENIS MAZEAUD (eds.) “European Contract Law. Materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules” Munchen, Sellier European Law Publishers, 2008, 352.

rechtshandeling heeft zolang een schijn van geldigheid.¹⁷ De vraag wordt dan wie er zich precies kan verzetten: wie kan het kritiekrecht uitoefenen?

17. De theorie die de nietigheid inkleurt als een “juridisch niet bestaan” wordt verlaten. Ook de onbestaande rechtshandeling van AUBRY & RAU heeft geen plaats in deze moderne theorie. In de plaats komt een opsplitsing van de enige overgebleven figuur van de nietigheid in relatieve nietigheid enerzijds, en absolute nietigheid anderzijds. Het fundamentele onderscheidingscriterium in de nietigheidsl leer wordt niet meer de intensiteit van het gebrek dat de rechtshandeling aantast, maar het doel van de wet en bijgevolg is het belangrijkste verschil tussen de twee nietigheden de kring van titularissen van het kritiekrecht. Miskent de rechtshandeling een regel van algemeen belang, dan mag iedereen die daarbij belang heeft kritiek uitoefenen. Schendt hij daarentegen een regel die een louter privaat belang behartigt, is de kring beperkt tot diegene wiens belang beschermd wordt.

HOOFDSTUK 2 - DE HEDENDAAGSE NIETIGHEIDSLEER

1. DE NIETIGHEIDSLEER VANDAAG

18. Op grond van het zelfbeschikkingsrecht is elk individu in principe vrij om zijn eigen rechtspositie te regelen. In beginsel zal het recht de handeling waarbij hij zijn eigen rechtspositie regelt erkennen en er steun aan verlenen, door er rechtsgevolgen aan te koppelen. Het koppelen van rechtsgevolgen aan deze handeling betekent dat het recht het individu zal toelaten deze nieuwe rechtspositie af te dwingen met de middelen die het recht ter beschikking stelt. Vanzelfsprekend verleent het recht geen onvoorwaardelijke steun aan eender welke handeling. Het zelfbeschikkingsrecht is immers niet alomvattend. Er zijn dus gevallen waarin het recht geen steun wil bieden aan een door individu (of

¹⁷ E. VIEUJEAN, C. RENARD, “Nullité, inexistence, et annulabilité en droit civil Belge”, *Ann. Dr. Liège*, 1962, (243) 263; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 443; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 47.

partijen) voorgenomen situatie. Maar hoe uit het recht deze weigering? En betekent elk gebrek aan steun dat het recht de handeling ook actief afkeurt?

19. Volgens de Nederlandse rechtsgeleerde HIJMA moet deze laatste vraag negatief beantwoord worden. Hij stelt dat het recht zich op drie manieren kan opstellen tegenover een rechtshandeling¹⁸:

- a. Goedkeurend: het recht erkent de rechtshandeling en schaart zich actief achter haar verwezenlijking. De actor zal op het recht beroep kunnen doen om de beoogde rechtspositie af te dwingen.
- b. Onverschillig: het recht erkent de rechtshandeling, maar blijft verder neutraal. De actor zal de verwezenlijking van de rechtshandeling niet kunnen afdwingen via het recht, maar evenmin zal het recht zich verzetten tegen de realisatie ervan. De partijen in een overeenkomst kunnen dus gerust hun 'verbintenissen' vrijwillig nakomen. Denken wij bijvoorbeeld aan de natuurlijke verbintenis: deze is niet in rechte afdwingbaar, maar wanneer ze vrijwillig wordt uitgevoerd, zal het recht deze uitvoering respecteren.
- c. Afkeurend: het recht erkent de rechtshandeling, maar staat negatief tegenover haar verwezenlijking. Het recht zal zich niet alleen verzetten tegen de afdwinging ervan, maar ook tegen de vrijwillige nakoming: het wil in geen geval dat de beoogde situatie werkelijkheid wordt.

20. Het is duidelijk dat de geldige verbintenis ondergebracht wordt in de eerste categorie. Maar waar hoort de vernietigbare verbintenis thuis? Hoe uit het recht de weigering om steun te verlenen aan een rechtshandeling? In wezen kan dit op verschillende manieren:

¹⁸ J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Zoeterwoude, Kluwer-Deventer, 1988, 78.

- a. de handeling kan worden beschouwd als een louter feitelijke poging om een rechtstoestand te construeren, die echter niet erkend wordt. Deze benadering vinden we terug in de zogenaamde “klassieke” nietigheidstheorie.¹⁹ De handeling wordt beschouwd als juridisch onbestaand, met alle gevolgen van dien.
- b. het juridisch bestaan van de handeling wordt niet ontkend, want wat feitelijk bestaat, bestaat nu eenmaal ook voor het recht. Alleen is de handeling geheel krachteloos, leeft zij in een vacuüm, waar zij *ab initio* geen rechtsgevolgen kan doen ontstaan.²⁰ Het objectief recht spreekt van rechtswege haar banvloek uit over de rechtshandeling, en werkt rechtstreeks. Deze reactie heet dan de “nietigheid van rechtswege”, zoals gekend in Nederland.
- c. het juridisch bestaan van een handeling wordt niet ontkend, en het recht geeft bovendien zelfs in beginsel voorlopig vertrouwen aan de handeling. De handeling zal dus automatisch rechtsgevolgen ressorteren, totdat echter iemand zich verzet tegen de handeling. Op dat moment zal het recht pas de handeling ten gronde evalueren, en haar steun weigeren omdat vast komt te staan dat zij niet voldoet aan alle vereisten die het recht vooropstelt. De weigering van steun is een reactie op de klacht van iemand die meent dat hij gevolgen zou moeten ondergaan die in strijd met het recht zouden zijn. Tot op dat moment heeft zij echter wel de schijn van geldigheid.²¹ Theoretisch kan ze dus worden afgedwongen, ondanks haar strijdigheid met het recht, als de benadeelde niet ‘klaagt’. De nietigheid is hier een sanctie zoals JAPIOT voorhoudt.

21. De klassieke leer van non-existentie is in de vorige eeuw uitvoerig bestreden en uiteindelijk ook door het Hof van Cassatie ten grave gedragen.²² We mogen er dus van uitgaan dat het niet-bestaan zoals voorgesteld onder *a)*, in ons

¹⁹ *Supra*, randnr. 10.

²⁰ voor Nederland: J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Zoeterwoude, Kluwer-Deventer, 1988, 65.

²¹ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 675.

²² Cass. 21 oktober 1971, *Pas.* 1972, I, 174.

recht niet tot de mogelijke reacties behoort. Dan rest ons de vraag wat nu eigenlijk wel de aard van de nietigheid is. Vandaag lijkt men te kiezen voor de reactie geschetst sub c).

22. De nietigheid wordt in de hedendaagse rechtsleer gedefinieerd als “een sanctie die wordt uitgesproken wanneer vaststaat dat een verbintenis bij haar totstandkoming niet voldoet aan de geldigheidsvoorwaarden die door de wetgever of de rechtspraak zijn bepaald opdat een verbintenis rechtsgeldig zou kunnen ontstaan.”²³ Zowel wanneer een verbintenis één van haar geldigheidsvereisten geheel ontbeert als wanneer ze deze slechts gebrekkig vervult, kan de sanctie worden toegepast en de verbintenis worden vernietigd.

23. De nietigheid heeft tot gevolg dat een verbintenis ongedaan wordt gemaakt, zowel in de toekomst als in het verleden.²⁴ De verbintenis wordt geacht nooit te hebben bestaan. Deze retroactieve werking van de nietigheid kan dus ingrijpende gevolgen hebben voor de partijen van de vernietigde verbintenis, maar ook voor derden die eventueel van één van de partijen reeds rechten zouden hebben verkregen.

24. Men onderscheidt de relatieve nietigheid en de absolute nietigheid. Schendt een rechtshandeling een regel van dwingend recht, dan is zij relatief nietig. Wordt een regel van openbare orde geschonden, is zij absoluut nietig. Het onderscheid heeft vooral gevolgen op processueel vlak. Traditioneel merkt men een viertal verschilpunten op. Ten eerste kan de absolute nietigheid worden opgeworpen door elke belanghebbende en door de rechter ambtshalve, terwijl bij de relatieve nietigheid enkel de door de regel beschermde persoon de nietigheid kan vorderen.²⁵ Ten tweede kan de absolute nietigheid in elke stand van het geding worden opgeworpen, terwijl de relatieve nietigheid voor elk

²³ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 674.

²⁴ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 674.

²⁵ S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS, S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, (225) 230.

ander verweer moet ingeroepen worden.²⁶ Ten derde kan men geen afstand doen van de bescherming geboden door een regel van openbare orde, terwijl de beschermde persoon wel afstand kan doen van de bescherming door een dwingende rechtsregel nadat het geschil is ontstaan. Ten vierde is de bevestiging van een rechtshandeling in strijd met een regel van openbare orde onmogelijk, waar dit in het geval van een regel van dwingend recht wel mogelijk is indien de bevestiging wordt gedaan met kennis van zaken.²⁷ Dat laatste betekent dat de persoon die afstand doet weet heeft van de nietigheidsgrond.

25. De nietigheid heeft in het Belgische recht een essentieel gerechtelijk karakter. Een rechtshandeling blijft geldig zolang ze niet door de rechter is uitgesproken. Daarom merkt men terecht op dat het eigenlijk beter zou zijn te spreken van “vernietigbaarheid” in plaats van “nietigheid”.²⁸

2. DE NIETIGHEIDSLEER VANDAAG: ONVOLMAAKTHEDEN

26. Uit het voorgaande blijkt dat de hedendaagse nietigheid een complexe figuur is met een bewogen geschiedenis. Sinds het fameuze cassatiearrest uit 1971 lijkt de figuur van de nietigheid zelf geen fundamentele wijzigingen meer ondergaan te hebben. Maar uiteraard staat de samenleving niet stil, en de daarmee gepaard gaande evolutie van het recht heeft in de afgelopen decennia enkele belangrijke pijnpunten van de nietigheidsfiguur aan het licht gebracht. In wat hierna volgt zullen we ons buigen over deze onvolmaaktheden, om vervolgens (1.2.3) na te gaan welke oplossingen de rechtspraak en rechtsleer naar voren schuiven om deze gebreken te verhelpen. We sluiten dit deel af met een evaluatie van deze mogelijke oplossingen en een poging om schoon schip te maken in de wildgroei van verschillende nieuwe en oude figuren.

²⁶ S. STIJNS, *ibid.*, 230.

²⁷ S. STIJNS, *ibid.*, 231.

²⁸ I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging”, in P. ARNOU, B. TILLEMANN, M. BOES (red.), *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, (267) 269.

27. De hedendaagse nietigheidsfiguur kent drie grote problemen. Ten eerste is er het steeds meer vervagende onderscheid tussen regels van dwingend recht en openbare orde, waardoor de tweedeling in absolute en relatieve nietigheid onder druk komt te staan. Ten tweede stuit men op het noodzakelijk gerechtelijk karakter van de nietigheid. Daarmee samenhangend ziet men een derde probleem in de verjaarbaarheid van zowel de absolute als de relatieve nietigheid.

A. het vervagende onderscheid tussen dwingend recht en openbare orde

28. Tot op de dag van vandaag maakt men, onder andere voor de toepassing van de nietigheidssanctie, een onderscheid tussen regels van dwingend recht enerzijds en van openbare orde anderzijds. Dit onderscheid wordt gebaseerd op de aard van het belang dat de regel in kwestie beoogt te beschermen.²⁹

29. Het begrip openbare orde vindt voor het contractenrecht zijn oorsprong in art. 6 BW, dat stelt dat bijzondere overeenkomsten geen afbreuk mogen doen aan wetten die de openbare orde en goede zeden betreffen. De precieze inhoud van het begrip openbare orde als dusdanig vinden we echter niet terug in het BW. Rechtsleer en rechtspraak hebben er in het verleden naar gestreefd om een definitie van het begrip te formuleren. Vandaag wordt daarvoor veelal verwezen naar het cassatiearrest van 9 december 1948, waar het Hof regels van openbare orde definieerde als “enkel de wetgeving die de essentiële belangen van de Staat of de gemeenschap betreft of die, in het privaatrecht, de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de samenleving berust [...]”³⁰ Bovendien wordt in sommige rechtsleer en rechtspraak geopperd dat overeenkomsten niet alleen de toetsing met expliciete regels van openbare orde moeten doorstaan, maar dat zij ook getoetst kunnen worden aan “de openbare orde” als dusdanig, zonder dat hiervoor een uitdrukkelijke regel vereist is.³¹

²⁹ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 130-135; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1962 700-703; VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 431-432.

³⁰ Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699. Vanaf dan vaste rechtspraak, zie bv. Cass. 22 december 1949, *Arr. Cass.* 1950, 244; Cass. 10 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 236; Cass 29 april 2011, *TBBR* 2012, 276.

³¹ J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 303-304 en verwijzingen aldaar.

30. Regels van dwingend recht raken, in tegenstelling tot die van openbare orde, niet aan de fundamenteën van onze maatschappelijke ordening. Deze regels raken met andere woorden enkel bepaalde particuliere belangen. Veelal is dit het belang van de contractpartij in een zwakkere onderhandelingspositie, met minder informatie, etc. Het feit dat het gaat om private belangen verhindert niet dat de beschermde categorie in feite zo goed als de gehele samenleving uitmaakt (bv. “de consument”).

31. Dit onderscheid klinkt natuurlijk bekend in de oren. De miskennis van het algemeen belang door de schending van (een regel van) de openbare orde wordt immers gesanctioneerd met de absolute nietigheid. De miskennis van een beschermd particulier belang wordt bestreden met de relatieve nietigheid. Anders verwoord: de kring van aanspraakgerechtigden wordt groter naarmate meer essentiële belangen op het spel staan. De correcte toepassing van de relevante nietigheidssanctie is echter niet evident doordat het onderscheid tussen regels van dwingend recht en van openbare orde steeds moeilijker te maken valt. Er zijn een aantal vaststellingen die wijzen op de toenemende convergentie tussen de beide soorten regels.

32. Ten eerste lezen we vaak dat dwingende rechtsregels onvermijdelijk eveneens het algemeen belang behartigen. Dat klinkt logisch: het is bijna altijd een bekommernis om de economische orde, sociale vrede, of gelijkheid die ten grondslag ligt aan de bescherming van bepaalde particuliere belangen.³² Bovendien merkt men soms op dat het voor het karakter van openbare orde voldoende is dat een regel *raakt* aan het algemeen belang, wat betekent dat zeer veel regels al snel aan deze beschrijving zullen voldoen en een openbare orde karakter zullen vertonen.³³ Zodra de regel, zelfs onrechtstreeks, het algemeen belang in rekening neemt zouden we dus kunnen spreken van een

³² P. WÉRY, “L’essor du droit impératif et ses rapports avec l’ordre public en matière contractuelle” in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (121) 129.

³³ J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 306; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 682.

regel van openbare orde. Het conceptuele onderscheid naar de aard van het beschermde belang is met andere woorden uitermate troebel.

33. Ten tweede vloeien ook andere kenmerken van de beide soorten regels vaak in elkaar over. P. WÉRY merkt op dat de theorie over de werking van de wet in de tijd een contradictie aan het licht brengt in de rechtspraak m.b.t. dwingend recht en openbare orde.³⁴ In het contractenrecht luidt het algemene principe als volgt: een nieuwe wet laat de toekomstige gevolgen van een reeds bestaande overeenkomst ongemoeid (eerbiedigende werking), tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt of de nieuwe wet van openbare orde is.³⁵ Met andere woorden: een regel van openbare orde werkt sowieso onmiddellijk in op de overeenkomst, een regel van dwingend recht enkel als de wetgever dit expliciet bepaalt. Dat lijkt te volgen uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie.³⁶

34. Nochtans is er ook rechtspraak van ons hoogste Hof die ingaat tegen deze logica. Zo wijst WÉRY op een cassatiearrest van 6 december 2002, waar het Hof een rechtsregel erkent als zijnde van dwingend recht, om daarna te poneren dat die regel onmiddellijke werking heeft (ook al heeft de wetgever dit niet uitdrukkelijk bepaald).³⁷ Ook qua werking in de tijd lijken regels van dwingend recht en openbare orde dus hun aparte karakter te verliezen.

35. Dit ogenschijnlijk vervagende onderscheid moet genuanceerd worden. De onmiddellijke werking van regels van openbare orde staat buiten kijf. Over de temporele werking van dwingend recht op bestaande overeenkomsten zijn rechtspraak en rechtsleer evenwel verdeeld. De principieel eerbiedigende werking van regels van dwingend recht wordt zeker niet door iedereen aanvaard.³⁸ Het Hof van Cassatie lijkt maar niet te kunnen kiezen tussen de

³⁴ P. WÉRY, "L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle" in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (121) 130.

³⁵ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 71; M. STORME, M. STORME, *Algemene inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 180.

³⁶ Cass. 24 april 2008, *RABG* 2008, afl. 18, 1193; Cass. 26 mei 2005, *Arr. Cass.* 2005, afl. 5, 1119.

³⁷ Cass. 6 december 2002, *Arr. Cass.* 2002, afl. 12, 2673.

³⁸ M. STORME, M. STORME, *Algemene inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 178.

onmiddellijke en eerbiedigende werking. Door de jaren heen paste ze nu eens het ene, dan weer het andere principe toe³⁹.

Het onderscheid tussen regels van dwingend recht en openbare orde op het vlak van temporele werking vervaagt niet zozeer, maar is gewoon altijd al troebel geweest. De onmiddellijke werking van regels van openbare orde kan verantwoord worden door de overweging dat het algemeen belang moet voorgaan op de afspraken tussen contractpartijen.⁴⁰ Als wordt aangenomen dat voor dwingend recht dezelfde onmiddellijke werking geldt, rijst de vraag hoe het beschermde belang in deze regels dan nog onderscheiden kan worden van het algemeen belang gediend in openbare orderegels. De identificatie van de twee categorieën wordt er niet gemakkelijker op.

36. Een derde argument lezen we met betrekking tot de figuur van het rechtsmisbruik. Het cassatiearrest van 22 september 2008 breidt het toepassingsgebied van de figuur van rechtsmisbruik uit tot rechten gegrond op regels van openbare orde.⁴¹ Ook deze evolutie moet genuanceerd worden. Het Hof van Cassatie poneerde immers al in het verleden dat deze rechten het voorwerp konden uitmaken van rechtsmisbruik, en het toepassingsgebied niet beperkt was tot regels van louter dwingend recht.⁴² Hoewel het hier opnieuw gaat om een reeds bestaande moeilijkheid eerder dan een recente evolutie, blijft de conclusie dezelfde: het is moeilijk onderscheidende kenmerken te vinden voor de twee categorieën van regels.

³⁹ Toepassing van eerbiedigende werking: Cass. 12 februari 1993, *Pas.* 1993, I, 165; Cass. 13 mei 1996, *Pas.* 1996, I, 455; Cass. 17 september 2004, *Arr. Cass.* 2004, afl. 9, 1403; Cass. 26 mei 2005, *Arr. Cass.* 2005, afl. 5, 1119; Cass. 24 april 2008, *RABG* 2008, afl. 18, 1193. Toepassing van onmiddellijke werking: Cass. 14 februari 2002, *Arr. Cass.* 2002, 465; Cass. 28 februari 2003, *Arr. Cass.* 2003, afl. 2, 524; Cass. 12 april 2010, *JLMB* 2010, afl. 32, 1501; Cass. 18 maart 2011, *TBBR* 2012, 275; Cass. 16 september 2013, *TBH* 2014, 116-117.

⁴⁰ T. REYNTJENS, "Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst", *Jura Falconis* 2014-15 (711) 724.

⁴¹ Cass. 28 september 2008, *Arr. Cass.* 2008, I, 2005; P. WÉRY, "L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle" in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, (121) 131.

⁴² A. DE BOECK, "Rechtsmisbruik" in *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2011, 124-125; Cass. 27 juni 1985, *Pas.* 1985, I, 1381; Cass. 10 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1031.

37. Ten slotte komen we aan bij wat wellicht het zwaarwichtigste argument is voor de convergentie van de beide soorten regels. Traditioneel stelt men dat de rechter in een geschil tussen partijen ambtshalve de werking van regels van openbare orde moet opwerpen.⁴³ Bij dwingende rechtsregels zal de rechter niet ambtshalve hun schending opwerpen, maar moet hun sanctionering gevraagd worden door de partij wiens belang de regel beschermt.⁴⁴ Dit ogenschijnlijk duidelijke verschil moet in de praktijk echter genuanceerd worden in de beide richtingen: enerzijds groeit de opvatting dat de rechter ook relatieve nietigheidsgronden ambtshalve kan opwerpen, en anderzijds bestaan er redenen om te ontkennen dat een rechter zomaar een absolute nietigheidsgrond ambtshalve mag toepassen.

38. Het is namelijk zeker niet algemeen aanvaard dat de rechter een overeenkomst die is aangetast door een absolute nietigheidsgrond (en m.a.w. de openbare orde schendt) ambtshalve mag *vernietigen*. We lezen wel degelijk in sommige rechtsleer dat in deze gevallen de rechter de plicht zou hebben om de overeenkomst *ex officio* te vernietigen, zelfs als partijen deze nietigheid niet hebben gevorderd.⁴⁵ Daar wordt dan telkens aan toegevoegd dat dit dient te gebeuren met respect voor de rechten van de verdediging en de procesautonomie. Die laatste zinsnede is natuurlijk cruciaal, omdat ze benadrukt dat de rechter niet zomaar het voorwerp van de vordering die hem is voorgelegd uit eigen beweging kan wijzigen.⁴⁶ Als hij het voorwerp van de vordering niet kan wijzigen, betekent dat dus ook dat de rechter niet iets kan toekennen wat niet door de partijen is gevorderd (wat men noemt het *ultrapetitaverbod*). Maar wat als een overeenkomst op enigerlei wijze strijdig is met de openbare orde, doch de (absolute) nietigheid door niemand wordt gevorderd? Mag of moet de

⁴³ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 180-181; T. TANGHE, "De rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen" (noot onder Cass. 28 september 2012), *TBBR* 2013, afl. 5, (236) 237.

⁴⁴ T. TANGHE, "De rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen" (noot onder Cass. 28 september 2012), *TBBR* 2013, afl. 5, (236) 237; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 147.

⁴⁵ P. WÉRY, *o.c.*, 131; E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 301.

⁴⁶ Cass 16 december 1988, Pas. 1989, I, 427; Cass. 16 maart 2006, *Arr. Cass.* 2006, afl. 3, 630; Cass. 24 december 2009, *Pas.* 2009, afl. 12, 3248; Cass. 23 januari 2014, AR C.12.0467.N.

rechter de overeenkomst dan ambtshalve vernietigen, zoals we zouden verwachten door het feit dat de rechter regels van openbare *ex officio* toepast? Een recent cassatiearrest van 28 september 2012 beantwoordt deze vraag ontkennend.⁴⁷

39. Niettemin bestaat er wel eensgezindheid over het feit dat de rechter de strijdigheid van de overeenkomst met de openbare orde alleszins ambtshalve moet opwerpen.⁴⁸ Ook wanneer de partijen deze nietigheidsgrond niet inroepen in de loop van het geding, zal de rechter dus desnoods de debatten moeten heropenen en de aanwezigheid van de absolute nietigheidsgrond op tafel moeten gooien.⁴⁹

40. Maar het is niet alleen de openbare orde die op dit vlak naar de kenmerken van dwingend recht toegroeit. Ook in de omgekeerde richting is een verschuiving merkbaar onder invloed van Europese rechtspraak en een modernere invulling van de rol van de rechter.⁵⁰ Reeds enige tijd neemt in de rechtsleer de steun toe voor de opvatting dat – althans in consumentenzaken - de rechter niet alleen de schending van regels van openbare orde, maar ook van dwingend recht kan (en moet) opwerpen.⁵¹ Hiervoor bestaan verschillende goede argumenten.

41. Een klassieke verklaring waarom de rechter een relatieve nietigheidsgrond niet zou mogen opwerpen is dat de kring van vorderingsgerechtigden is beperkt tot de door de regel beschermde personen. Als de beschermde persoon de nietigheid niet zelf vordert, mag de rechter niet

⁴⁷ Cass. 28 september 2012, *RW* 2013, 895-899, noot J. VAN DONINCK. Voor de bespreking van dit arrest zie *infra*, randnr. 56 e.v.

⁴⁸ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 685; T. TANGHE, "rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond", *TPR* 2012, (705) 738; S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in SMITS, J., STIJNS, S. (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, (225) 230.

⁴⁹ Gent 3 maart 2004, *NJW* 2005, 346, Gent 30 september 1994, *AJT* 1994-95, 498.

⁵⁰ HvJ 27 juni 2000, *Océano Grupo*.

⁵¹ Gent 4 januari 2012, *NJW* 2012, 70; E. SWAENEPOEL, "De onrechtmatige bedingen: evolutie naar het ambtshalve opwerpen van de relatieve nietigheid?", *DCCR* 2005, 71-82; R. STEENNOT, "Ambtshalve opwerpen van regels van dwingend recht die strekken tot bescherming van de consument", *NJW* 2012, afl. 267, 550.

zelf de nietigheidsgrond opwerpen.⁵² Nochtans volgt dit laatste mijns inziens niet noodzakelijk uit de beperking van de kring van vorderingsgerechtigden. Opwerpen betekent immers, zoals we hierboven reeds zagen, niet hetzelfde als vorderen.⁵³ Door de beschermde partij attent te maken op het feit dat de overeenkomst is aangetast door een nietigheidsgrond (*opwerpen*), laat de rechter nog steeds de keuze aan die partij om zich daar al dan niet op te beroepen (*vorderen*).

42. Men kan, daarmee samenhangend, evenmin besluiten tot rechterlijke terughoudendheid door aan te halen dat de beschermde partij afstand kan doen van haar nietigheidsvordering. Die afstand moet immers gedaan worden met kennis van zaken⁵⁴. Uit het louter stilzwijgen van een partij omtrent de nietigheidsgrond kan men moeilijk afleiden dat deze afstand heeft gedaan van de vordering.⁵⁵ Dit kan integendeel zelfs wijzen op de onwetendheid van een partij. Het is aan de rechter om in dit geval duidelijkheid te scheppen over de opties van de partij en na te gaan of zij zich bewust heeft gedistantieerd van de haar geboden bescherming.

43. Bovendien lijkt het zelfs de plicht van de rechter om de schending van de regel van dwingend recht ter attentie te brengen van de partijen, vermits dit de essentie is van zijn taak als begeleider van het geding. Het is immers de rechter die de juridische kwalificatie bepaalt van de feiten die hem worden voorgelegd, zonder daarbij gebonden te zijn door de kwalificatie gegeven door de partijen.⁵⁶ Dat is dan ook de betekenis van het adagium "*da mihi factum, dabo tibi ius*": uit de feiten en de concrete aanspraken van de partijen destilleert de rechter de

⁵² S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in J. SMITS en S. STIJNS, S. (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 230.

⁵³ T. TANGHE, "De rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen" (noot onder Cass. 28 september 2012), *TBBR* 2013, afl. 5, (236) 238.

⁵⁴ S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in J. SMITS en S. STIJNS, S. (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 231.

⁵⁵ P. WÉRY, "L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle" in I. SAMOY (red.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (121) 131.

⁵⁶ Cass. 14 december 2012, Pas. 2012, afl. 12, 2497; Cass. 25 maart 2013, Pas. 2013, afl. 3, 781.

toepasselijke relevante rechtsregels. Wanneer niet (alle) relevante rechtsregels door de partijen worden aangevoerd, kan de rechter de relevante regels alsnog aandragen. Ook het Hof van Cassatie heeft dit principe meermaals bevestigd.⁵⁷ Er wordt nergens een onderscheid gemaakt tussen regels van dwingend recht en openbare orde.⁵⁸ Er lijkt mij bijgevolg geen enkele reden te bestaan dit onderscheid impliciet te maken.

B. het essentieel gerechtelijk karakter van de nietigheid

44. Hierboven werd reeds gealludeerd op het gerechtelijk karakter van de nietigheid als reden waarom men beter zou spreken over vernietigbaarheid.⁵⁹ Dit kenmerk heeft niet alleen terminologische gevolgen, maar doet ook meer fundamentele problemen ontstaan. Voor de vernietiging van een verbintenis is een rechterlijke uitspraak vereist. Zolang de nietigheid van de verbintenis niet in rechte is uitgesproken, blijft zij dus bindend voor de partijen en blijft zij bestaan voor derden.⁶⁰ Het komt enkel aan de rechter toe de “schijn van geldigheid” die de gebrekkige rechtshandeling omhult op te doeken.⁶¹

45. De noodzakelijkheid van de rechterlijke tussenkomst wordt traditioneel verantwoord door twee argumenten. Ten eerste verdedigt de rechtsleer het verbod van eigenrichting als grondslag. Ten tweede nopen ook de verregaande gevolgen van de vernietiging tot de tussenkomst van de rechter.

46. Het verbod van eigenrichting houdt in dat een contractpartij niet eigenmachtig haar rechten mag afdwingen.⁶² Daardoor zou zij immers het geweldmonopolie van de overheid schenden. BAECK haalt terecht aan dat het

⁵⁷ Cass 2 april 2010, *Arr. Cass.* 2010, 1029; Cass. 31 januari 2011, *Arr. Cass.* 2011, 368; Cass. 14 december 2012, C.12.0018.N.

⁵⁸ T. TANGHE, “de rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen” (noot onder Cass. 28 september 2012), *TBBR* 2013, afl. 5, (236) 238.

⁵⁹ *Supra*, randnr. 25.

⁶⁰ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 685.

⁶¹ S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS, S. (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 228.

⁶² E. DIRIX, “Het verbod van eigenrichting als algemeen rechtsbeginsel”, in M. VAN HOECKE (red.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 291.

verbod van eigenrichting slaat op het eigenhandig handhaven van een recht, waarmee bedoeld wordt dat het een partij verboden is om de rechtsgevolgen van een recht (of relevanter in dit kader: vernietiging) in de feitelijke realiteit om te zetten, door bv. zelf een goed te gaan terughalen bij de ex-tegenpartij.⁶³ Die situatie verschilt inderdaad van diegene waarin een partij eigenhandig een rechtsgevolg in het leven roept, door bv. een verbintenis eenzijdig te vernietigen. Samen met BAECK kan besloten worden dat het verbod van eigenrichting dus geen afdoende grondslag biedt voor de verplichte rechterlijke tussenkomst bij vernietiging.

47. BAECK brengt daarentegen een tweede, meer overtuigend argument te berde. Volgens haar zijn het de verregaande gevolgen (voor zowel partijen als derden) van de vernietiging die rechterlijke tussenkomst noodzakelijk maken.⁶⁴ Zo zou een partij eigenhandig door de vernietiging restitutieverbintenissen in het leven kunnen roepen, waarbij al het reeds gepresteerde moet worden teruggegeven. Bovendien zou een eenzijdige (m.a.w. buitengerechtelijke) vernietiging in ons recht ook een ingrijpende impact hebben op de rechten van derden. Als A een goed verkoopt aan B, die het daarna doorverkoopt aan C, heeft de nietsvermoedende C nauwelijks⁶⁵ een poot om op te staan wanneer achteraf de verkoop tussen A en B wordt vernietigd; vermits A geacht wordt altijd eigenaar te zijn geweest, zal deze het goed kunnen revindiceren van C.⁶⁶

48. Er lijkt hoe dan ook een sterke consensus te bestaan die het gerechtelijk karakter van de nietigheid verdedigt.⁶⁷ Zijn er dan geen problemen met de

⁶³ J. BAECK, "(feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten", *TPR* 2008, (321) 326.

⁶⁴ J. BAECK, "(feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten", *TPR* 2008, (321) 326.

⁶⁵ C kan zich natuurlijk beroepen op de verkrijgende verjaring, of op art. 2279 BW wanneer het gaat om een roerend goed. Vooral voor de overdracht van onroerende goederen is dit dus een magere bescherming, zie *infra*, randnr. 57.

⁶⁶ In Nederland, dat wel de eenzijdige vernietiging kent, zijn de rechten van derden dan ook veel beter beschermd, zie J. BAECK, "(feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten", *TPR* 2008, (321) 338.

⁶⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1962, 705; VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 443; S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in J. SMITS, S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, (225) 227-228.

verplichte rechterlijke tussenkomst? Toch wel. Er kunnen namelijk grote vraagtekens worden geplaatst bij enkele gevolgen van het gerechtelijk karakter van de nietigheid, maar evenzeer bij de “oplossingen” die volgen uit de rechtspraak.

49. Zoals hierboven reeds werd aangehaald blijft een verbintenis bindend voor de partijen zolang ze niet is vernietigd. Dit heeft tot gevolg dat partijen de facto regels van dwingend recht en zelfs van openbare orde opzij zouden kunnen schuiven: de nietigheid kan nooit in werking treden omdat ze nooit op het bord van de rechter komt. Is dit problematisch? Wat betreft dwingende rechtsregels niet echt: een partij kan immers sowieso – uiteraard met kennis van zaken⁶⁸ - de vernietigbare rechtshandeling bevestigen.⁶⁹ Wat betreft regels van openbare orde vormt dit uiteraard wel een probleem; de miskennis van een regel van openbare orde is volledig uit den boze en de verbintenis die eruit voortvloeit kan dan ook nooit bevestigd worden.⁷⁰ Toch leidt het gerechtelijk karakter van de nietigheid (in samenspel met de verjaring) tot verschillende scenario’s waarbij een door een absolute nietigheidsgrond aangetaste verbintenis haar ‘schijn van geldigheid’ behoudt en dus theoretisch gezien wel degelijk af te dwingen is.

Zo zou een partij in principe een absoluut vernietigbare verbintenis kunnen afdwingen wanneer de verjaringstermijn is verstreken.⁷¹ Is er binnen die termijn geen vonnis dat de verbintenis vernietigt, behoudt zij dus strikt genomen voor eeuwig haar schijn van geldigheid en kan zij afgedwongen worden. De rechtspraak heeft dit probleem deels trachten op te lossen door te stellen dat de contractpartij in dat geval geen rechtmatig belang heeft.⁷²

⁶⁸ Wat impliceert dat de partij op de hoogte is van de nietigheidsgrond.

⁶⁹ S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 231; F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2014, afl. 4, (2706) 2791.

⁷⁰ S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming” in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 231.

⁷¹ Er wordt hieronder uitgebreider ingegaan op de problemen met de verjaring, zie randnr. 59 e.v.

⁷² *Infra*, randnr. 62.

50. Een groter probleem, waarvoor tot op vandaag nog geen bevredigende oplossing werd gevonden, ontstaat in combinatie met onbevoegdheid van de rechter om een overeenkomst ambtshalve te vernietigen. Stel dat twee partijen een overeenkomst sluiten die strijdig is met de openbare orde. Vervolgens rijst er discussie over de uitvoering van de overeenkomst en trekken ze naar de rechter, maar zonder dat een van hen de bedoeling heeft de overeenkomst te laten vernietigen. De nietigheid wordt niet in rechte gevorderd, en kan volgens het Hof van Cassatie evenmin ambtshalve door de rechter worden uitgesproken.⁷³ Vermits de verbintenis in dit scenario niet wordt vernietigd, blijft zij bindend voor de partijen. De partij die uitvoering van de verbintenis eist, krijgt gelijk van de rechter. Of niet? Men voelt natuurlijk intuïtief aan dat het onaanvaardbaar zou zijn om de rechter te dwingen zijn medewerking te verlenen aan de uitvoering van een verbintenis die strijdig is met openbare orde. Het Hof van Cassatie heeft in haar arrest van 28 september 2012 dit aanvoelen ook juridisch gekanaliseerd.

51. *In casu* had het Hof van Beroep te Gent een overeenkomst, aangetast door een absolute nietigheidsgrond, vernietigd hoewel de partijen dit niet gevorderd hadden; het geschil was door een procedureakkoord beperkt tot de uitvoering van de overeenkomst en de vermeende wanprestatie van de verweester. Het Hof van Cassatie sloot zich aan bij de mening van advocaat-generaal VANDEWAL en bepaalde rechtsleer⁷⁴. Maar de oplossing die het Hof naar voren schuift valt niet te rijmen met de aard van de nietigheid.

Het Hof van Cassatie erkent net zoals in het verleden⁷⁵ dat partijen in een geding de rechter kunnen binden over een punt in rechte of in feite waartoe zij het debat willen beperken.⁷⁶ Toch kan het niet de bedoeling zijn dat de partijen de rechter hiermee buitenspel zetten wat betreft regels van openbare orde. De rechter zal de toepassing van bepalingen van openbare orde opwerpen, zelfs met

⁷³ Cass. 28 september 2012, *RW* 2013, 895-899, noot J. VAN DONINCK.

⁷⁴ o.a. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 303.

⁷⁵ Cass. 9 mei 2008, *Arr. Cass.* 2008, 1156; Cass 5 oktober 1984, *Arr. Cass.* 1985, 212.

⁷⁶ Cass. 28 september 2012, *RW* 2013, 895-899, noot J. VAN DONINCK.

betrekking tot punten die uitdrukkelijk niet door de partijen worden behandeld.⁷⁷ De rechter is hierin evenwel beperkt in zijn bevoegdheid: hij mag niet het voorwerp van het geschil wijzigen en daardoor iets toekennen wat niet werd gevraagd door partijen.⁷⁸ Er ontstaat hier duidelijk een spanningsveld tussen de autonomie van de procespartijen en de plicht van de rechter om ambtshalve de regels van openbare orde toe te passen. Welk principe domineert wanneer de toepassing van regels van openbare orde tot gevolg heeft dat het voorwerp van wat gevorderd en toegekend wordt buiten de wil van partijen om verandert, zoals in de voorliggende zaak? Het Hof antwoordt dat de taak van de rechter niet tot gevolg mag hebben dat het voorwerp van de vordering wordt gewijzigd. De procesautonomie domineert. Dat betekent dus dat partijen die twisten over de uitvoering van een absoluut vernietigbare overeenkomst, maar bewust niet de vernietiging ervan wensen, ook niet zullen geconfronteerd worden met de nietigheid.

Vermits de partijen het geschil uitdrukkelijk hadden beperkt tot de uitvoering (en niet de nietigheid) van de overeenkomst, mocht de beroepsrechter de overeenkomst niet nietig verklaren. Wat had de rechter dan wel moeten doen? Het antwoord hierop mag op zijn minst verbazingwekkend genoemd worden, want het Hof besluit: *“De appelrechters die zich in die omstandigheden **niet toe beperken** [sic] **de nietigheid** van de overeenkomsten **vast te stellen** en de vorderingen tot nakoming ervan af te wijzen, maar de overeenkomsten **nietig verklaren** [...] en de verweerster veroordelen tot terugbetaling van de door eiseressen reeds betaalde prijs, miskennen het beginsel van de autonomie van procespartijen.”*

52. Deze redenering is strijdig met het gerechtelijk karakter van de nietigheid zelf. De afwijzing van de vordering kan niet gegrond worden op de “nietigheid” van de overeenkomst: zij is immers nooit nietig verklaard. Zoals al meerdere malen herhaald, houdt het gerechtelijk karakter van de nietigheid juist in dat de verbintenis afdwingbaar blijft bestaan zolang ze niet is nietig verklaard door een

⁷⁷ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 188.

⁷⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 184.

rechter. Het is dan ook erg verbazend te lezen dat het Hof van Cassatie ontkent dat de rechter de verbintenis kan vernietigen, om vervolgens de oplossing te funderen op de nietigheid van de verbintenis. Het Hof herhaalt verder dat de appelrechters zich ertoe hadden moeten beperken de nietigheid van de overeenkomst vast te stellen, in plaats van de overeenkomst nietig te verklaren. Dit is problematisch omdat er naar Belgisch recht helemaal geen verschil bestaat tussen een nietigheid vaststellen en de nietigheid verklaren. De nietigheid vaststellen impliceert dat de nietigheid zelf reeds inherent aanwezig is, dat de verbintenis in se al *nietig is* (een stap verder dan zomaar *vernietigbaar!*) en dat ze enkel wordt geïdentificeerd door de rechter, en dat de beslissing van de rechter dus louter declaratief is. Paradoxaal genoeg is het echter het vonnis van de rechter dat de nietigheid doet ontstaan: de nietigheid is namelijk een sanctie toegepast op een aangetaste verbintenis, die moet worden uitgesproken.⁷⁹ Kortom: naar (huidig) Belgisch recht kan een nietigheid niet worden vastgesteld, maar enkel verklaard door de rechter zelf.

53. Wat verklaart deze opzienbarende redenering van ons opperste rechtscollege? Een mogelijke verklaring is dat het Hof al dan niet bewust de figuur van de nietigheid van rechtswege in ons recht heeft geïntroduceerd, en daarbij impliciet afstand neemt van het gerechtelijk karakter van de nietigheid (of minstens bepaalde gevallen van nietigheid). Dit lijkt echter onwaarschijnlijk. De beslissing is dus hoogstwaarschijnlijk niet gebaseerd op een nietigheid van rechtswege. Maar zoals we hebben gezien is de enigmatische “vaststelling van nietigheid” evenmin voldoende om de beslissing te rechtvaardigen. In dit geval moet er een andere grond worden gezocht voor de afwijzing van vorderingen tot nakoming van een absoluut vernietigbare verbintenis.

54. Een valabele oplossing is dat de rechter zich rechtstreeks kan steunen op art. 6 BW.⁸⁰ Deze bepaling schrijft voor dat “bijzondere overeenkomsten geen afbreuk kunnen doen aan de regels van openbare orde”. In de meest voor de

⁷⁹ *Supra*, randnr. 25.

⁸⁰ T. TANGHE, “rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond”, *TPR* 2012, (705) 744.

hand liggende betekenis verbiedt art. 6 dus dat partijen een overeenkomst zouden sluiten die strijdig is met de openbare orde. Maar art. 6 BW. kan ook gezien worden als meer dan een gewoon verbod. De openbare orde houdt namelijk ook in dat de verbindende kracht van een overeenkomst ondergeschikt is aan het algemeen belang.⁸¹ Dit lijkt ook logisch: men kan uiteraard van het recht geen medewerking vragen bij de uitvoering van verbintenissen die strijdig zijn met de openbare orde. Anders zou deze overeenkomst inderdaad letterlijk “afbreuk doen aan de regels van openbare orde”. Met andere woorden: het is niet omdat de verboden verbintenis niet nietig wordt verklaard, dat zij immuun wordt tegen het recht. Daarom moet de rechter ook de overeenkomst en haar gevolgen rechtstreeks kunnen toetsen aan de openbare orde. De overeenkomst mag geen ongeoorloofde toestand creëren, bevorderen of in stand houden.⁸² Het zou dan ook absurd zijn als een vonnis deze ongeoorloofde toestand wél mag (laat staan moet) voortzetten. De rechter moet, namens het recht, weigeren zijn steun te verlenen aan een overeenkomst die anders zou resulteren in een dergelijke toestand. De rechter moet de vordering afwijzen als ongegrond.

55. Art. 6 BW. biedt dus een afdoende grondslag voor de gekozen oplossing van het Hof in tegenstelling tot de vaststelling van een nooit uitgesproken nietigheid. Maar dan rijst nu de vraag: is dit een goede oplossing? De vernietigbare verbintenis laten voortbestaan terwijl de uitvoering ervan geweigerd wordt, lijkt op het eerste zicht een pragmatische oplossing. Toch heeft deze benadering enkele nadelige gevolgen, niet in het minst voor derden.

56. Ten eerste betekent het voortbestaan van de overeenkomst dat er ook geen restitutieplichten ontstaan. Reeds verrichte prestaties blijven onaangetast, waardoor eigenlijk een ongeoorloofde toestand standhoudt ondanks het feit dat deze langs de rechter passeert. CORNELIS waarschuwt ons echter voor naïviteit en geeft terecht toe dat vernietigbare verbintenissen nu eenmaal tot de

⁸¹ J. GHESTIN, “Réflexions sur la liberté contractuelle et l’ordre publique” in A. BRUYNEEL, L. DE GRUYSE, P.A. FORIERS, D. HEENEN, A. SIMONT EN M. VAN DOOSSELAERE, *Liber Amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, (405) 409.

⁸² J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 315.

maatschappelijke realiteit behoren, en dat een zodanige controle dat vernietigbare verbintenissen steeds worden onderschept haast onmogelijk is.⁸³ Bovendien moet de negatieve impact hiervan deels gerelativeerd worden: zelfs als dergelijke overeenkomst wel nietig zou worden verklaard bestaat de kans dat de rechter in sommige gevallen de restitutie verhindert op grond van het adagium *in pari causa*, vermits de partijen per hypothese beide partijen een ongeoorloofde toestand tot stand hebben gebracht (en zij bewust de ongeoorloofdheid niet ter discussie wilden stellen).⁸⁴ Nochtans wordt de juridische waarde en algemene inzetbaarheid van de figuur *in pari causa* ernstig in twijfel getrokken⁸⁵, zodat deze relativering precair is.

57. Een tweede, meer specifiek gevolg geldt ten aanzien van derden. Met name voor overeenkomsten tot overdracht van een onroerend goed kan de hierboven geschetste benadering nadelige gevolgen hebben. We brengen ons voorbeeld uit randnummer 47 in herinnering: A verkoopt een onroerend goed aan B. A en B voeren een geschil over de uitvoering van de overeenkomst zonder dat dit geschil de nietigheid betreft. De rechter “stelt vast” dat de overeenkomst absoluut vernietigbaar is en weigert dus de uitvoering die wordt geëist door één van de partijen. B verkoopt het goed daarna door aan C. Het is duidelijk dat C een goed heeft gekocht van iemand die het heeft verkregen op grond van een vernietigbare overeenkomst. Vermits in het geschil echter geen gewag wordt gemaakt van een nietigheidsvordering, en het evenmin leidt tot een beslissing omtrent de nietigheid, vindt er ook geen kantmelding plaats op het hypotheekkantoor o.g.v. art. 3, eerste lid Hyp. W.⁸⁶ C kon dus niet weten dat het eigendomsrecht dat hij verkrijgt, precair is. Wanneer enige tijd later opnieuw een geschil rijst tussen A en B over deze overeenkomst en ditmaal de nietigheid wel wordt gevraagd én ingewilligd, is C de pineut. C heeft een goed verkregen

⁸³ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 727.

⁸⁴ Anderzijds bestaat er discussie over hoe het adagium *in pari causa* aangewend kan worden. Volgens sommigen kan de schuld van partijen niet doorslaggevend zijn, zie bv.: J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 322.

⁸⁵ J. BAECK, “Deugnieten en nietigheden” in I. BOONE, I. CLAEYS, L. LAVRYSEN (eds.), *Liber Amicorum Hubert Bocken*, Brugge, Die Keure, 2009, (149) 157.

⁸⁶ T. TANGHE, “de rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen” (noot onder Cass. 28 september 2012), *TBBR* 2013, afl. 5, (236) 240.

van B, die wordt geacht nooit eigenaar te zijn geweest, en het door hem aangekochte goed loopt het gevaar gerevindiceerd te worden. Nochtans is de vernietigbare overeenkomst reeds onder ogen van de rechter op een moment dat C wel de kans zou gekregen hebben om dit nieuws tijdig te vernemen en navenant te handelen. Nu wordt C echter geconfronteerd met een onaangename verrassing, zonder verweermiddelen.

Dit is opmerkelijk. Eerder zagen we dat in het Belgische recht wordt vastgehouden aan het gerechtelijk karakter van de nietigheid wegens de verregaande gevolgen voor derden van een (buitengerechtelijke) vernietiging.⁸⁷ Nu stellen we vast dat juist dit gerechtelijk karakter in combinatie met de onbevoegdheid van de rechter om ambtshalve te vernietigen ervoor zorgt dat de belangen van derden ernstig in het gedrang kunnen komen. De zegen blijkt een vloek. Ondertussen heeft men bijvoorbeeld in Nederland, dat wel de nietigheid zonder gerechtelijk karakter kent, wel mechanismen voorzien om derden te beschermen tegen deze eenzijdige vernietiging.⁸⁸

58. Concluderend kan gesteld worden dat de benadering die het Hof van Cassatie lijkt gekozen te hebben in het arrest van 28 september 2012, niet zonder hindernissen valt toe te passen. In de veronderstelling dat het Hof van Cassatie niet de bedoeling heeft gehad de nietigheid van rechtswege of eenzijdige nietigverklaring in het Belgische recht te introduceren, bestaan er twee andere manieren om deze obstakels uit de weg te ruimen. Theoretisch zou men de kantmelding verplicht kunnen maken, niet alleen wanneer er een nietigheidsvordering boven een overgeschreven overeenkomst hangt, maar tevens wanneer wordt vastgesteld dat de overeenkomst vernietigbaar is (ook al wordt ze dus niet vernietigd). Dit lijkt praktisch zeer moeilijk haalbaar voor een probleem dat in de realiteit allicht zelden zal voorkomen. Een meer valabele en algemene oplossing is volgens mij om de rechter toe te laten de overeenkomst, aangetast door een absolute nietigheidsgrond, ambtshalve te vernietigen. De

⁸⁷ *supra*, randnr. 47.

⁸⁸ De bespreking van deze mechanismen valt buiten het bestek van deze masterproef. Er kan verwezen worden naar: J. BAECK, "(feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten", *TPR* 2008, (321) 338.

rechter waakt in een geschil over het algemeen belang. Het kan niet zijn dat men de nietigverklaring voorbehoudt aan het wapenarsenaal van de rechter, om vervolgens diezelfde rechter vleugellam te maken door hem zijn vernietigingsbevoegdheid te ontzeggen in gevallen waar het algemeen belang op hem rekt.

C. de verjaarbaarheid van beide nietigheden

59. Al sinds 1998 is de verjaringstermijn voor zowel de relatieve als absolute nietigheid gelijkgeschakeld.⁸⁹ Vandaag bedraagt deze voor beide 10 jaar.⁹⁰ Toch zijn de verjaringsregimes niet volledig identiek: naargelang het een vordering tot absolute of relatieve nietigheid betreft zal het vertrekpunt van de verjaring immers nog altijd verschillen.⁹¹ Zo zal de vordering tot relatieve nietigheid op grond van dwaling of bedrog pas beginnen lopen vanaf de ontdekking van het wilsgebrek. In geval van handelingsonbekwaamheid loopt de verjaringstermijn vanaf de dag waarop de onbekwaamheidsverklaring is opgeheven.⁹² Wat betreft de relatieve nietigheid kent de vordering dus verschillende specifieke vertrekpunten voor haar verjaring. De vordering tot absolute nietigheid kent daarentegen maar één vertrekpunt: de tienjarige termijn begint te lopen vanaf de dag volgend op de dag waarop de vernietigbare verbintenis tot stand is gekomen.⁹³

60. Dit verschil op vlak van de vertrekpunten kan onwenselijke gevolgen hebben. Men merkt vooreerst op dat in sommige situaties de relatieve nietigheidsvordering een langere levensspanne heeft dan de absolute nietigheidsvordering. Dat zou betekenen dat private belangen beter worden

⁸⁹ Wet 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, *BS* 17 juni 1998, 23544; I. CLAEYS, "Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging" in P. ARNOU, B. TILLEMANN, EN M. BOES (eds.), *Sancties en nietigheden*, Gent, Larcier, 2003, (267) 300-301; F. PEERAER, "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2014, afl. 4, (2706) 2745.

⁹⁰ Art. 1304 BW; art. 2262bis, §1, eerste lid BW.

⁹¹ I. CLAEYS, "Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging" in P. ARNOU, B. TILLEMANN, EN M. BOES (eds.), *Sancties en nietigheden*, Gent, Larcier, 2003, (267) 300.

⁹² Art. 1304 BW.

⁹³ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 686.

beschermd dan het algemeen belang.⁹⁴ Deze ongelijkheid moet onmiddellijk genuanceerd worden. Hierboven werd reeds opgemerkt dat de rechtspraak de vordering tot nakoming van een overeenkomst die is aangetast door een nietigheidsgrond, maar waarvan de nietigheidsvordering verjaard is, onontvankelijk zal verklaren wegens gebrek aan een rechtmatig belang.⁹⁵ Zelfs als de vordering ontvankelijk zou zijn zal de rechter, in de logica van het cassatiearrest van 28 september 2012, de vordering bovendien ongegrond verklaren.⁹⁶ Nochtans kan men moeilijk voorhouden dat de bescherming via de ongegrondheid evenwaardig is aan de bescherming door de nietigheid. De ongelijkheid tussen de relatieve en de absolute nietigheid wordt zeker niet helemaal rechtgetrokken. Naargelang het geval is het immers mogelijk dat de relatieve nietigheidsvordering nog kan worden ingesteld, daar waar de absolute maar verjaarde nietigheidsvordering enkel nog kan leiden tot ongegrondheid. Op basis van die relatieve nietigheidsgrond heeft de beschermde partij dus eigenlijk een langere periode om de gehele overeenkomst retroactief ongedaan te maken, terwijl de verjaarde absolute nietigheidsgrond voor de partij niet meer nuttig kan zijn voor in het verleden verrichte prestaties. Een derde nuancering is dat men zich altijd kan beroepen op de exceptie van nietigheid, die immers onverjaarbaar is.⁹⁷ Ook hier zal de eventuele vordering tot uitvoering afgewezen worden als ongegrond.⁹⁸

⁹⁴ F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2014, afl. 4, (2706) 2789; T. TANGHE, “rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond”, *TPR* 2012, (705) 716.

⁹⁵ *Infra*, randnr. 62.

⁹⁶ F. PEERAER, “de verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2014, afl. 4, (2706) 2789; T. TANGHE, “rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond”, *TPR* 2012, (705) 716.

⁹⁷ C. EYBEN, “La prescription des actions en nullité et l’exception de nullité”, in P. WÉRY (red.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (165) 190.

⁹⁸ Hoewel ook de exceptie van nietigheid volgens sommigen aan ernstige beperkingen onderhevig is, zie: F. PEERAER, “de verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2014, afl. 4, (2706) 2762-2767.

3. POGINGEN OM DEZE ONVOLMAAKTHEDEN OP TE VANGEN

A. Ad hoc oplossingen

61. Het beroep op een nietigheidsgrond kan niet alleen op aanvallende maar evenzeer op defensieve wijze aangewend worden. In plaats van een (tegen)vordering tot vernietiging in te stellen, kan een partij namelijk ook de exceptie van nietigheid invoeren. Een partij die geconfronteerd wordt met een vordering tot nakoming van een verbintenis aangetast door een nietigheidsgrond, kan het bestaan van deze nietigheidsgrond opwerpen als verweer ten gronde.⁹⁹ De rechter zal in deze situatie de overeenkomst niet vernietigen (er ligt immers geen eis tot vernietiging voor), maar zal een beroep op de getroffen verbintenis afwijzen als ongegrond.¹⁰⁰

De exceptie van nietigheid lijkt op zijn minst gedeeltelijk tegemoet te komen aan de gebreken van de hedendaagse nietigheid. Zij biedt immers een alternatief voor de vordering tot nietigverklaring wanneer deze laatste verjaard is en dus niet meer ingesteld kan worden: de exceptie van nietigheid is onverjaarbaar.¹⁰¹

Toch is het enthousiasme voor de exceptie van nietigheid lauw. Zij blijft uiteindelijk niets meer dan een ad hoc oplossing die echte slagkracht mist. Dat komt omdat het toepassingsgebied van de exceptie zelf aan belangrijke beperkingen is onderworpen. De exceptie van nietigheid kan maar ingeroepen worden indien de overeenkomst nog geen uitvoering heeft gekend.¹⁰² Zodra er een begin van uitvoering is, blijkt de exceptie machteloos. Wetende dat de exceptie haar echte nut pas toont wanneer de nietigheidsvordering verjaard is (met andere woorden: pas na 10 jaar), kan men zich inbeelden dat veel overeenkomsten intussen reeds (een begin van) uitvoering hebben gekend.

⁹⁹ T. TANGHE, "rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond", *TPR* 2012, (705) 725

¹⁰⁰ T. TANGHE, "rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond", *TPR* 2012, (705) 727.

¹⁰¹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 957-958; C. EYBEN, "La prescription des actions en nullité et l'exception de nullité", in P. WÉRY (red.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (165) 190

¹⁰² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1968, 756.

62. Een ander lapmiddel dat wordt aangewend om de tekortkomingen van de nietigheid te verzachten is procesrechtelijk van aard. Ook hier gaat het om de situatie waarbij de nietigheidsvordering reeds is verjaard. In de zoektocht naar een argument om een vordering gegrond op een absoluut vernietigbare verbintenis alsnog te kunnen afketsen, grijpt men naar de vereiste van een rechtmatig belang.¹⁰³ De vordering die gesteund is op een dergelijke verbintenis kan dan als onontvankelijk van de tafel worden geveegd.

Opnieuw probeert men via deze weg een oplossing te vinden voor het gerechtelijk karakter en de daarmee samenhangende verjaarbaarheid van de nietigheid. De achilleshiel van deze tactiek is echter dat ze voorlopig enkel werd toegepast op verbintenissen aangetast door een absolute nietigheidsgrond.¹⁰⁴ De vordering gebaseerd op de relatieve nietigheidsgrond blijft een onzeker lot beschoren.

B. Voor niet geschreven houden

63. De precieze betekenis van het “voor niet geschreven gehouden” van een beding is omstreden. Er bestaan twee tegengestelde opvattingen over de aard van deze sanctie. WÉRY, STIJNS en anderen menen dat deze sanctie een louter synoniem is voor de traditionele (gerechtelijke) nietigheid.¹⁰⁵ Daarentegen

¹⁰³ Cass. 14 december 2012, *Pas.* 2012, 2500; zie ook F. PEERAER, “de verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2014, afl. 4, (2706) 2743, en verwijzingen aldaar.

¹⁰⁴ Cass. 14 december 2012, *Pas.* 2012, 2500.

¹⁰⁵ S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval” in S. STIJNS, I. SAMOY, A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis. School voor postacademische juridische vorming*, Brugge, die Keure, 2010, (25) 51-54; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’exécution ou de vice de formation” in *La volonté unilatérale dans le contrat. Ed. Du Jeune Barreau de Bruxelles*, Brussel, 2008, (325) 422; P. WÉRY, “Nullité, inexistence et réputé non écrit” in P. WÉRY (red.) *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (7) 22; P. WÉRY, “L’essor du droit impératif et ses rapports avec l’ordre public en matière contractuelle” in I. SAMOY (red.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, (121) 137.

dichten CORNELIS en VAN GERVEN onder invloed van bepaalde Franse rechtsleer de sanctie een autonoom karakter toe, te onderscheiden van de nietigheid.¹⁰⁶

De voorstanders van de eerste strekking waarschuwen voor het overhaast vastklampen aan de specifieke bewoordingen van de wetgever.¹⁰⁷ In de concrete gevallen waar men voorschrijft dat een bepaald beding “voor niet geschreven wordt gehouden” is geen woord te vinden over de aard van de sanctie. Men zou inderdaad mogen verwachten dat de wetgever toch enige uitleg zou gegeven hebben als hij de bedoeling had gehad een geheel nieuwe sanctie in te voeren. Bij STIJNS lezen we bovendien dat het zeer moeilijk is in te zien op basis van welke criteria de wetgever de nietigheid dan wel het “voor niet geschreven houden.”¹⁰⁸

De pleitbezorgers van het autonome karakter van deze sanctie zien in het “voor niet geschreven houden” een toepassing van de theorie van de onbestaande rechtshandeling.¹⁰⁹ CORNELIS legt uit dat de rechtshandeling in kwestie wel feitelijk bestaat, maar haar onmiddellijk elk rechtsgevolg wordt ontzegd. Een beding dat volgens de wettekst “voor niet geschreven” moet worden gehouden, wordt dus krachtens de wet geschrapt.

64. Een sanctie met dergelijk karakter biedt op het eerste zicht soelaas voor de tekortkomingen van de klassieke nietigheidssanctie. Zo is het probleem van de rechterlijke tussenkomst van de baan: het beding wordt *ab initio* verwijderd uit het rechtsverkeer. Een vonnis van de rechter zou bij een eventueel geschil hierover niet constitutief zijn (zoals bij de nietigheid) maar louter declaratief. Ook de verjaring vormt geen obstakel meer: het feit dat het beding

¹⁰⁶ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 678-679; W. VAN GERVEN, “Onverbindendheid: blokkendoos of grabbelton?” in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, (483) 487.

¹⁰⁷ S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval” in S. STIJNS, I. SAMOY, A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis. School voor postacademische juridische vorming*, Brugge, die Keure, 2010, (25) 50; I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging” in P. ARNOU, B. TILLEMEN, EN M. BOES (eds.), *Sancties en nietigheden Sancties en nietigheden*, Gent, Larcier, 2003, (267) 286.

¹⁰⁸ S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval” in S. STIJNS, I. SAMOY, A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis. School voor postacademische juridische vorming*, Brugge, die Keure, 2010, (25) 50.

¹⁰⁹ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 678.

eenvoudigweg niet bestaat, kan men altijd blijven inroepen. Bovendien zal de rechter dit ook ambtshalve kunnen vaststellen.¹¹⁰

65. Verdient het begrip “voor niet geschreven houden” een autonoom karakter? Het antwoord moet volgens mij negatief luiden. Een wetgever die terminologisch loepzuiver te werk gaat, bestaat zelfs niet op het fictieve eiland van Thomas More. Daarnaast vertoont het begrip geen enkel inhoudelijk verschil met de nietigheid van rechtswege, dat volgens CORNELIS evenzeer een bestaan heeft los van de traditionele nietigheid. Hierin weerklinkt de aloude discussie over het verschil tussen nietige en onbestaande rechtshandelingen: de nietigheid van rechtswege werd net verlaten omdat men geen verschil zag met de onbestaande rechtshandeling, die reeds begin 20^{de} eeuw in ongenade was gevallen.¹¹¹ Het Hof van Cassatie heeft reeds in 1971 de deur gesloten voor de theorie van de onbestaande rechtshandeling.¹¹² Dit wordt ook unaniem erkend in de rechtsleer. Het lijkt daarom beter om bij de zoektocht naar een automatisch werkende sanctie (in de veronderstelling dat die er moet komen) de fundering op grond van de onbestaanbaarheid te vermijden. Volharden in de boosheid zorgt er - zoals gezien - voor dat deze sanctie heel wat voeten in de aarde heeft. De vraag rijst evenwel of het concept “voor niet geschreven houden” kan overleven onder de vleugels van de nietigheid van rechtswege, de figuur die door recente ontwikkelingen wel een kans heeft om te herrijzen uit de dood.¹¹³

C. Onwerkzaamheid

66. Volgens sommigen volstaat het niet toevlucht te zoeken tot de bestaande figuren om de verscheidene onvolmaaktheden te herstellen. STIJNS zoekt daarom

¹¹⁰ P. WÉRY, “L’essor du droit impératif et ses rapports avec l’ordre public en matière contractuelle” in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, (121) 137.

¹¹¹ F. PEERAER, “de verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2014, afl. 4, (2706) 2736.

¹¹² Cass. 21 oktober 1971, Pas. 1972, I, 174.

¹¹³ *Infra*, randnr. 68.

heil in een nieuw concept: de onwerkzaamheid van de verbintenis.¹¹⁴ Deze sanctie zou voorbehouden zijn aan verboden bedingen, en zou dezelfde kenmerken hebben als het “voor niet geschreven houden”. STIJNS vindt wel dat de beschermde partij afstand moet kunnen doen van de onwerkzaamheid, wat niet het geval is bij het voor niet geschreven houden.¹¹⁵ Men kan zich afvragen of het wel nuttig is een nieuw begrip te introduceren dat in bijna alles behalve naam identiek is aan een reeds bestaand doch omstreden begrip. Zoals hieronder betoogd¹¹⁶, lijkt het mij aangewezen door de terminologische façade van de verscheidene sancties heen te kijken en zich te focussen op de rechtsgevolgen.

D. Nietigheid van rechtswege

67. De nietigheid van rechtswege is een nietigheid die *ab initio* inwerkt op de kwestieuze rechtshandeling. Er is met andere woorden geen rechterlijke tussenkomst vereist opdat de rechtshandeling nietig zou zijn. Niettemin kan een beroep op de rechter noodzakelijk zijn wanneer wordt betwist dat aan de toepassingsvereisten van deze automatische nietigheid is voldaan, maar de rechter zal de nietigheid dan enkel *vaststellen* (en het vonnis zal dus declaratoir zijn). De nietigheid van rechtswege is in België ten onder gegaan samen met de theorie van de onbestaande rechtshandeling. In Nederland overleeft de figuur echter in de tweedeling tussen vernietigbare en nietige rechtshandelingen.¹¹⁷

¹¹⁴ S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval” in S. STIJNS, I. SAMOY, A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis. School voor postacademische juridische vorming*, Brugge, die Keure, 2010, (25) 51-54; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’exécution ou de vice de formation” in *La volonté unilatérale dans le contrat. Ed. Du Jeune Barreau de Bruxelles*, Brussel, 2008, (325) 422.

¹¹⁵ S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval” in S. STIJNS, I. SAMOY, A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis. School voor postacademische juridische vorming*, Brugge, die Keure, 2010, (25) 51.

¹¹⁶ *Infra*, randnr 70 e.v.

¹¹⁷ J. HIJMA, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Zoeterwoude, Kluwer-Deventer, 1988, 51-124; C.J.J.C. VAN NISPEN, *Sancties in het vermogensrecht*, Kluwer, Deventer, 1988, 72-78.

68. Sommige rechtsgeleerden zien eventueel ruimte voor een comeback van de nietigheid van rechtswege in het Belgische recht.¹¹⁸ Daarvoor wordt verwezen naar een eenmalig arrest van het Hof van Cassatie van 25 april 2003.¹¹⁹ Het betrof een handelshuurovereenkomst waarbij de mogelijkheid van periodieke prijsherziening contractueel was uitgesloten. Art. 6 van de Handelshuurwet bepaalt nochtans dat partijen het recht hebben om de huurprijs te herzien. Dit is een regel van dwingend recht voor beide partijen. Er ontstond een geschil tussen de partijen omtrent deze huurprijsherziening. De verhuurder wou de contractuele uitsluiting van prijsherziening nietig laten verklaren om de huurprijs alsnog te wijzigen. De vordering tot nietigverklaring was echter reeds verjaard. Het Hof van Beroep besloot daaruit dat, omdat de clause niet meer vernietigd kon worden, ze gewoon van kracht bleef en er dus geen herziening van de huurprijs mogelijk was. Het Hof van Cassatie verbreekt het arrest en poneert dat het recht om de herziening te vragen rechtstreeks voortvloeit uit art. 6 van de Handelshuurwet, en niet uit het contractuele beding. Bijgevolg was het niet nodig om de nietigverklaring te vorderen om de huurprijs alsnog te laten herzien. Hieruit zou men kunnen afleiden dat de contractuele clause van rechtswege nietig was. De interpretatie ten gunste van een nietigheid van rechtswege is strijdig met de rechtspraak en rechtsleer die al sinds jaar en dag standhoudt in België. Het gerechtelijk karakter van de nietigheid wordt steeds benadrukt. Het zou dus een bijzonder grote verrassing zijn als het Hof van Cassatie met dit ene, niet bevestigde arrest deze zienswijze opzij zou zetten.¹²⁰

E. Onbestaanbaarheid

69. De theorie van de onbestaanbaarheid werd reeds in het begin van de 20^{ste} eeuw als onhoudbaar beschouwd.¹²¹ Zoals vermeld heeft het Belgische recht de

¹¹⁸ F. PEERAER, "de verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2014, afl. 4, (2706) 2738-2742.

¹¹⁹ Cass. 25 april 2003, *Pas.* 2003, 877.

¹²⁰ I. CLAEYS, "Ontbinding en nietigheid van overeenkomsten: rechterlijke tussenkomst altijd vereist?" in I. CLAEYS (red.), *Contractenrecht in beweging*, Mechelen, Kluwer, 2004, (181) 193-194.

¹²¹ Reeds besproken *supra*, randnr. 13 e.v.

onbestaande rechtshandeling definitief geweerd met een cassatiearrest van 21 oktober 1971, dat sindsdien unaniem wordt aanvaard.¹²²

4. EVALUATIE: ZIN EN ONZIN VAN DE AFZONDERLIJKE BEGRIPPEN

70. De nietigheid moet de beschermde partij of het algemeen belang beschermen tegen verbintenissen die zouden uitmonden in ongeoorloofde gevolgen. Die bescherming is echter niet oneindig. Het rechtsverkeer heeft er evenzeer belang bij dat verbintenissen zich niet constant in een preciaire toestand bevinden. Daarom reserveert men de nietigheid in België voor de rechter en wordt de mogelijkheid tot het vorderen ervan beperkt in de tijd. Deze beteugeling van de nietigheid betekent echter niet dat de geviseerde toestand plots wel rechtmatig en geoorloofd wordt. Maar men stelt nu eenmaal vast dat naarmate de tijd vordert, het belang om een ongeoorloofde toestand ongedaan te maken wordt ingehaald door het belang van rechtszekerheid en stabiliteit. Wanneer de rechter na verloop van tijd wordt geconfronteerd met een dergelijke overeenkomst, is zijn belangenafweging anders dan voordien. Twee overwegingen moeten vanaf dan met elkaar worden verzoend: enerzijds mag men niet verwachten dat het recht steun verleent aan handelingen die ze afkeurt, maar anderzijds verwachten anderen in het rechtsverkeer dat de kwestieuze handeling enige stabiliteit vertoont omdat ze er hun eigen gedragingen op hebben gebaseerd. Het gevolg is dat men de retroactieve vernietiging en het erga omneskarakter ervan achterwege laat, maar tegelijkertijd weigert om mee te werken aan de verdere realisatie van een afkeurenswaardige overeenkomst. De verbintenis wordt in wezen **niet-afdwingbaar**. De verbintenis kan wel nog worden nageleefd, maar men heeft nadien geen recht op klagen meer.¹²³ Wanneer men zich omgekeerd beroept op beschermende norm van dwingend recht, zal het daarmee strijdige beding niet kunnen worden afgedwongen, hoewel de vordering tot nietigverklaring van het strijdige beding reeds is

¹²² S. STIJNS, "De sanctionering van de wilsgebreken" in R. VAN RANSBEECK, *Wilsgebreken*, Brugge, Die Keure 2006, (133) 140. Voor de invulling van het concept van de onbestaande rechtshandeling, zie *supra*, randnr. 8 e.v.

¹²³ Cf. De logica van de exceptie van nietigheid, die onverjaarbaar is doch enkel in te roepen als de verbintenis niet nog niet werd nageleefd.

verjaard.¹²⁴ De tegenpartij van diegene die zich beroept op de dwingende norm, heeft geen verweer. Binnen de verjaringstermijn zou het beding nietig worden verklaard en elke vroegere uitvoering ervan ongedaan worden gemaakt. Nu wordt het beding genegeerd omdat het in het actuele geval machteloos is, zonder dat de vroegere uitvoering ervan in twijfel wordt getrokken.

71. Het concept van niet-afdwingbaarheid omvat de gemeenschappelijke essentie van de verscheidene hierboven geschetste begrippen, namelijk het zonder gevolg blijven van een verbintenis. Het omzeilt het probleem van de verjaarbaarheid, omdat de rechter die een vordering ongegrond verklaart geen rechtsvordering uitoefent.¹²⁵ Het biedt een alternatieve en meer consistente verklaring voor de redenering in het besproken cassatiearrest van 28 september 2012, omdat het obstakel van de niet verklaarde nietigheid irrelevant wordt. De niet-afdwingbaarheid duidt accuraat aan wat nu eigenlijk het resultaat is van de weigering van het recht om steun te verlenen aan een gebrekkige rechtshandeling die toch niet nietig kan worden verklaard. In plaats van het bestaan van verschillende figuren gesteund op controversiële fundamenten te verdedigen, is het beter de terminologische façade te doorbreken en te kijken naar de praktische implicaties.

72. Toch rijzen er enkele pijnpunten met betrekking tot de niet-afdwingbaarheid van een verbintenis. De niet-afdwingbaarheid werkt als laatste strohalm voor het recht wanneer de vernietiging van de rechtshandeling niet mogelijk is (hetzij omdat de nietigheidsgrond niet wordt ingeroepen, hetzij omdat de nietigheidsvordering verjaard is). Dit betekent dat het recht zich verzet tegen toekomstige gevolgen, doch niet de reeds verwezenlijkte. Dit is logisch in het geval waar de nietigheidsvordering verjaard is. Het belang van stabiliteit en rechtszekerheid heeft immers het belang van een 'correcte' rechtshandeling ingehaald. Maar binnen de verjaringstermijn is dit per definitie niet geval. Het belang om een aangetaste rechtshandeling uit het rechtsverkeer te halen is hier

¹²⁴ Cass. 25 april 2003, *Pas.* 2003, 877.

¹²⁵ T. TANGHE, "de rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen" (noot onder Cass. 28 september 2012), *TBBR* 2013, afl. 5, (236) 240.

nog steeds groter dan het belang van rechtszekerheid. Moet men zich dan tevreden stellen met dezelfde afgezwakte reactie als die buiten de verjaringstermijn? Zou het dan niet beter zijn de rechter toe te laten de overeenkomst strijdig met de openbare orde ambtshalve te vernietigen? De niet-afdwingbaarheid zou dan enkel gelden als automatische sanctie in die gevallen waar de nietigheidsvordering verjaard is.¹²⁶ De reactie van het recht verschuift van actief afkeurend binnen de verjaringstermijn, naar 'neutraal' buiten de verjaringstermijn.¹²⁷ Bovendien wordt hier het verschil tussen de relatieve en absolute nietigheid het duidelijkst, en wordt het onderscheid gerechtvaardigd. Terugkerend naar JAPIOT komt in deze behandeling van nietigheidsgronden het kenmerkende verschil tussen beide bovendrijven: de kring van vorderingsgerechtigden. Bij relatieve nietigheidsgronden wordt de discussie over vernietiging volledig aan de partijen overgelaten. Bij een absolute nietigheidsgrond overstijgt de discussie echter de partijen en mengt ook het algemeen belang zelf zich in het debat, vertegenwoordigd door de rechter. Helaas lijkt deze opvatting vooralsnog geen vruchtbare voedingsbodem te kennen.

¹²⁶ Cf. De exceptie van nietigheid, die ook als feitelijk gevolg heeft dat de verbintenis niet kan worden afgedwongen, zie *supra* randnr. 61.

¹²⁷ *Supra*, randnr. 19.

DEEL 2. DE NIETIGHEID WEGENS SCHENDING VAN FORMALITEITEN

HOOFDSTUK 1 - FORMALITEITEN IN OVEREENKOMSTEN

1. SOORTEN FORMALITEITEN: GELDIGHEID, BEWIJS, TEGENWERPELIJKHEID

73. De fundamentele vrijheid van individuen om zelf hun rechtspositie te regelen, werkt niet alleen op inhoudelijk vlak. Partijen in een overeenkomst kunnen van diezelfde vrijheid gebruik maken om hun inhoudelijk vrij bepaalde relatie ook naar eigen goeddunken vorm te geven, en hun toestemming te laten afhangen van de vorm die zij zelf kiezen. Het zelfbeschikkingsrecht leidt zo tot het principe van het consensualisme in ons verbintenissenrecht.

74. In beginsel is elke overeenkomst een consensuele overeenkomst: het is voldoende dat er loutere wilsovereenstemming is, zonder dat deze wil op een specifiek bepaalde manier tot uiting moet komen (totstandkoming *solo consensu*).¹²⁸ Het principe van het consensualisme houdt dus in dat partijen vrij zijn om te kiezen op welke manier zij hun toestemming tot de overeenkomst tot uiting brengen.¹²⁹ Partijen kunnen onderling vrij beslissen dat hun wilsuiting een bepaalde vorm moet aannemen.¹³⁰ De vormvrijheid eigen aan consensuele contracten is gebaseerd op het vertrouwen tussen contractpartijen, dat op haar beurt gegrond is op de werking van de goede trouw.¹³¹

75. Uiteraard is het niet alleen maar vrijheid blijheid in de wereld van contracten. Het principe van de consensuele totstandkoming kent twee uitzonderingen: de zakelijke overeenkomsten, waarbij de geldigheid afhangt van de overdracht van een zaak, en de plechtige overeenkomsten, waarbij de

¹²⁸ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 19-20; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 39-40; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1962, 432.

¹²⁹ P. BRASSEUR, "Le formalisme dans la formation des contrats, approches de droit comparé" in M. FONTAINE, *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Bruylant, 2002, (605) 611.

¹³⁰ P. BRASSEUR, "Le formalisme dans la formation des contrats, approches de droit comparé" in M. FONTAINE, *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Bruylant, 2002, (605) 611.

¹³¹ P. BRASSEUR, "Le formalisme dans la formation des contrats, approches de droit comparé" in M. FONTAINE, *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Bruylant, 2002, (605) 609.

geldigheid afhangt van de vervulling van één of meerdere vormvereiste(n). In het verdere verloop van deze masterproef gaan we dieper in op deze tweede uitzondering, en meer bepaald op de rol van formaliteiten bij de vernietiging van overeenkomsten.

76. De plechtige overeenkomst wordt gedefinieerd als een overeenkomst waarbij de naleving van bepaalde formaliteiten nodig is voor de geldige totstandkoming ervan.¹³² Naast de voor de hand liggende voorbeelden zoals de schenking¹³³ en het huwelijkscontract¹³⁴, lijken de plechtige overeenkomsten het laatste decennium talrijker te zijn geworden door onder meer de sterke opkomst van het consumentenrecht. Deze nieuwe overeenkomsten vereisen meestal een geschrift of andere duurzame drager met allerlei vermeldingen, zoals in het consumentenkrediet of de timesharingovereenkomst.¹³⁵ Omdat de formaliteit met andere woorden een bijkomende geldigheidsvereiste is, kan het miskennen van de vormvereiste leiden tot de nietigheid van de overeenkomst.¹³⁶ In modernere vormen van overeenkomsten beperkt de sanctie zich soms ook tot de nietigheid van het individuele beding. De formaliteit geeft de wilsuiking van een partij op dwingende wijze vorm: enkel in de voorgeschreven vorm kan een partij haar wil te kennen geven om een rechtsverhouding tot stand te brengen. Gebeurt de wilsuiking niet in de voorgeschreven vorm, dan mag zij in principe geen juridisch effect ressorteren. De wilsuiking, en bijgevolg ook het contract, kunnen nietig verklaard worden.

77. Deze formaliteiten *ad validitatem* moeten onderscheiden worden van de zogenaamde formaliteiten *ad probationem*. Deze laatste formaliteiten zijn enkel vereist voor het bewijs van de overeenkomst: het contract ontstaat wel geldig op

¹³² L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 19-20; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 39-40; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1962, 432.

¹³³ art. 931 BW.

¹³⁴ art. 1392 BW.

¹³⁵ art. VII.78 W.E.R. (consumentenkrediet), art. 8-9 Wet 28 augustus 2011 betreffende de bescherming van de consumenten inzake overeenkomsten betreffende het gebruik van goederen in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling, *BS* 16 september 2011.

¹³⁶ H. KÖTZ, *Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Oxford, Clarendon Press, 2002, 86.

consensuele wijze, maar kan enkel bewezen worden wanneer bepaalde vormvereisten werden vervuld. In het algemeen wordt verwezen naar art. 1341 BW, dat het gemeen bewijsrecht regelt en een onderhandse akte vereist voor het bewijs van overeenkomsten met een waarde boven 375 euro.

78. Andere overeenkomsten moeten dan weer aan vormvereisten voldoen opdat derden de overeenkomst zouden respecteren als rechtsfeit¹³⁷. Door mogelijk belanghebbende derden te informeren over de rechtsverhouding, wordt de rechtshandeling aan hen tegenwerpelijk. De formaliteit heeft ook hier geen impact op de geldigheid van de overeenkomst. Als klassieke voorbeeld haalt men vaak de bedongen hypotheek aan.¹³⁸ Een hypotheekovereenkomst is pas tegenstelbaar aan derden indien de akte is overgeschreven op het hypotheekkantoor, en bovendien komt enkel een authentieke akte in aanmerking voor overschrijving.

2. INDELING VAN FORMALITEITEN ALS GELDIGHEIDSVEREISTE

79. In wat volgt spitsen we ons toe op de formaliteiten die fungeren als geldigheidsvoorwaarde. Het loont de moeite om eerst een beeld te schetsen van hoe deze formaliteiten zich manifesteren en welke gevolgen ze hebben.

De formaliteiten *ad validitatem* kunnen onderverdeeld worden naargelang (a) hun doelstelling, (b) hun verschijningsvorm, en (c) hun rechtsgevolg.

A. Indeling naar doelstelling

80. Formaliteiten zijn voor de wetgever een krachtig instrument in de bescherming van een rechtssubject. Naargelang de situatie en de soort overeenkomst, heeft de wetgever de bescherming van een ander rechtssubject op het oog. Soms moet een partij beschermd worden tegen zichzelf, soms tegen haar tegenpartij. In andere gevallen zijn het derden die bescherming verdienen

¹³⁷ J. DE CONINCK, "Contractenrecht. Principes.", in *Comm.Bijz.Ov.*, IV, Kluwer, losbl., (119) 129.

¹³⁸ art. 1 Hypotheekwet.

tegen de mogelijk nadelige gevolgen van een overeenkomst voor hen. Dit wordt bedoeld met de *doelstelling* van de formaliteit.

81. Een eerste doel bestaat eruit de steller van een rechtshandeling te beschermen tegen zichzelf. Sommige gewichtige rechtshandelingen met verregaande gevolgen voor het vermogen of de staat van een persoon moeten met de grootste voorzichtigheid gesteld worden. Het recht behoedt de actor tegen overhaaste en ondoordachte beslissingen, door hem te doen stilstaan bij de zwaarwichtigheid van de rechtshandeling.¹³⁹ Concreet zullen formaliteiten met deze doelstelling tot gevolg hebben dat het stellen van de rechtshandeling wordt vertraagd waardoor de partij tijd heeft om zich bewust te worden van de gevolgen voordat het te laat is. Het plechtige karakter, niet zelden in de vorm van notariële tussenkomst, moet de partij erop wijzen dat men zulke rechtshandeling niet zomaar stelt. Traditionele voorbeelden van dergelijke zwaarwichtige overeenkomsten zijn het huwelijkscontract en de schenking.

82. Een tweede mogelijk doel is de bescherming van de zwakkere partij in de overeenkomst. Hier is het hoofddoel niet zozeer de partij te beschermen tegen zichzelf, maar eerder om te vermijden dat de sterkere partij de zwakkere onderhandelingspositie van haar tegenpartij uitbuit. Hier zullen het vooral inhoudelijke vereisten zijn die het onevenwicht tussen partijen moeten tegengaan. De macht van een principaal om zijn handelsagent een zwaar concurrentiebeding op te dringen is bijvoorbeeld beperkt op geografisch vlak.¹⁴⁰ Het concurrentiebeding moet eveneens schriftelijk bedongen worden om geldig te zijn. Formaliteiten kunnen hier dus gekoppeld worden aan inhoudelijke vereisten om hun effectieve toepassing te verzekeren: de beschermde partij kan haar versterkte positie immers pas benutten als zij ervan op de hoogte is.

¹³⁹ P. BRASSEUR, "Le formalisme dans la formation des contrats, approches de droit comparé" in M. FONTAINE, *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Bruylant, 2002, (605) 632; G. COUTURIER, "Les finalités et les sanctions du formalisme", *Défrenois* 2000, (880) 882; kritisch voor deze ratio legis op vlak van de schenking: R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 246.

¹⁴⁰ Art. X.22, §1, 3° W.E.R.

De zwakkere partij kan kwetsbaar zijn voor uitbuiting omdat zij zich economisch in een inferieure positie bevindt. De werkzoekende die een arbeidsovereenkomst sluit met een werkgever zit in een positie van economische afhankelijkheid van zijn tegenpartij, die deze afhankelijkheid kan misbruiken. Een franchisenemer bevindt zich in een economisch zwakkere positie dan de onderneming die haar tegenpartij is, waardoor de franchisenemer gedwongen kan worden ongunstige voorwaarden te aanvaarden.

Daarnaast kan de zwakkere onderhandelingspositie ook ontstaan door informatie-asymmetrie.¹⁴¹ Dit is de situatie waarbij een contractpartij meer of betere informatie heeft in verband met de voorliggende transactie dan haar tegenpartij. Het wegwerken van informatie-asymmetrie is de klassieke rechtvaardiging voor de uitgebreide interventie in relaties tussen consumenten en ondernemingen.¹⁴² Dit is immers het domein bij uitstek waar partijen – de ene een ervaren professioneel, de andere een onwetende particulier - over ongelijke informatie beschikken. Formaliteiten zullen ernaar streven de beschermde partij op gelijke voet met haar tegenpartij te plaatsen, door te voorzien in een informatieoverdracht die het onevenwicht op dit vlak moet tenietdoen. Het is de bedoeling de beschermde partij in staat te stellen om een geïnformeerde toestemming te geven tot de overeenkomst.¹⁴³ Deze formaliteiten bieden echter niet enkel bescherming in de precontractuele fase, maar kunnen evenzeer tot doel hebben de partij te informeren en bij te staan omtrent haar rechten tijdens de uitvoering van de overeenkomst.¹⁴⁴

83. Een derde doel kan bestaan uit de vrijwaring van belangen van derden die beïnvloed worden door de overeenkomst. Derden zijn niet betrokken bij de sluiting van de overeenkomst tussen twee partijen en hebben dus in principe

¹⁴¹ I. SAMOY en E. TERRY, "Informatie aan consumenten in het Voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten", *DCCR* 2009, (36) 37-38; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 70-71.

¹⁴² P. MANKOWSKI, "Information and formal requirements in EC Private Law", *ERPL* 2006, (779) 779-780.

¹⁴³ J. STUYCK, "Setting the scene" in H.-W. MICKLITZ, J. STUYCK, E. TERRY *et al.* (eds.), *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Portland, Hart Publishing, 2010, (1) 18-29.

¹⁴⁴ H. JACQUEMIN, "Heurs et malheurs du formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur", *DCCR* 2013, (267) 273.

niets in de pap te brokken, maar toch kan de overeenkomst een sterke impact hebben op hun eigen rechtspositie of vermogen. Een mooi voorbeeld is de schenking, waarbij de vereiste van een notariële akte niet alleen dient ter bescherming van schenker, maar evenzeer ter bescherming van diens familie.¹⁴⁵ Bepaalde familieleden zullen immers reservataire erfgenamen zijn en hun aanspraken kunnen sterk in het gedrang komen door een al te aanzienlijke schenking. De tussenkomst van de notaris als formaliteit moet de schenker hierop attent maken.¹⁴⁶

B. Indeling naar verschijningsvorm

84. De wetgever gebruikt formaliteiten op vier verschillende manieren om de vooropgestelde doelen van bescherming te bereiken. Formaliteiten kunnen qua verschijningsvorm opgedeeld worden in (1) het gebruik van een bepaald geschrift waarin de overeenkomst wordt opgenomen, (2) het maken van specifieke vermeldingen in de overeenkomst, (3) het ondertekenen van een overeenkomst, en (4) de specifieke wijze waarop vermeldingen moet worden weergegeven.¹⁴⁷ Op deze laatste wordt niet meer ingegaan, vermits de wetgever sinds enige tijd meer en meer lijkt af te stappen van deze vorm.¹⁴⁸ H. JACQUEMIN behandelt in zijn doctoraatsthesis de verschijningsvormen van formaliteiten in uitgebreid detail. Het volstaat daarom op basis hiervan een beknopte weergave te bieden van de verschillende formaliteiten en de manier waarop ze bijdragen aan de bescherming van een rechtssubject.

85. Het gebruik van een geschrift is één van de meest voorkomende formaliteiten, zowel bij de klassieke overeenkomsten uit het Burgerlijk Wetboek als bij modernere contractvormen uit onder andere de

¹⁴⁵ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 263.

¹⁴⁶ M. A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, 42.

¹⁴⁷ H. JACQUEMIN, "Heurs et malheurs du formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur", *DCCR* 2013, (267) 267.

¹⁴⁸ Het gaat bijvoorbeeld om het vermelden in vette letters in een kader los van de rest van de overeenkomst van bepaalde vermeldingen in het consumentenkrediet.

consumentenwetgeving.¹⁴⁹ De vereiste van een geschrift kent verschillende gradaties. Zo kan vereist zijn dat de hele overeenkomst schriftelijk moet zijn¹⁵⁰, of enkel specifieke bedingen.¹⁵¹ Daarnaast kan voorgeschreven worden dat het geschrift moet bestaan uit een authentieke akte¹⁵², een louter onderhandse akte, of geschrift (of andere duurzame drager).¹⁵³ Het opstellen van een authentieke akte, vereist voor klassieke plechtige overeenkomsten uit het Burgerlijk Wetboek, bouwt als het ware een “beraadtermijn” in waarbij de notaris de partijen bewust maakt van de zwaarwichtigheid van hun rechtshandeling.¹⁵⁴ Aldus kunnen zij het contract sluiten met volle kennis van zaken. Daarnaast vervult de authentieke akte ook een belangrijke rol met betrekking tot de authenticiteit van de informatie die erin vervat ligt.¹⁵⁵ Dat is belangrijk voor de bescherming van een partij, maar ook vaak voor de bescherming van belanghebbende derden.¹⁵⁶ Voor andere contracten dan de klassieke overeenkomsten uit het Burgerlijk Wetboek, waar enkel de bescherming van een contractpartij wordt beoogd, kiest men voor het gewoon geschrift. Belangrijk om op te merken is dat de informerende tussenkomst van de openbare ambtenaar in deze gevallen dus vervangen zal moeten worden door andere mechanismen – namelijk vermeldingen.¹⁵⁷

Het geschrift of schriftelijk karakter van een overeenkomst of beding heeft volgens JACQUEMIN een driedubbele functie: het verzekeren van de leesbaarheid van de informatie, het garanderen van de duurzaamheid van de informatie, en

¹⁴⁹ P. MANKOWSKI, “Information and formal requirements in EC Private Law”, *ERPL* 2006, (779) 785; H. KÖTZ, *Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Oxford, Clarendon Press, 2002, 82-83.

¹⁵⁰ Bv. woninghuur (art. 1bis Woninghuurwet), schenking (art. 931 BW).

¹⁵¹ Bv. het niet-concurrentiebeding in een handelsagentuurovereenkomst (art. X.22, §1, 1^o W.E.R.).

¹⁵² Bv. schenking (art. 931 BW), huwelijkscontract (art. 1392 BW).

¹⁵³ Bv. arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur (art. 9 Wet 3 juli 1978 betreffende arbeidsovereenkomsten), consumentenkrediet (art. VII.78 W.E.R.).

¹⁵⁴ A. VERBEKE, “Volmacht of sterkmaking?” in L. WEYTS, A. VERBEKE, E. GOOVAERTS, C. CASTELEIN (eds.), *Notariële facetten van het contractenrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2004, (313) 313; P. BRASSEUR, “Le formalisme dans la formation des contrats, approches de droit comparé” in M. FONTAINE, *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Bruylant, 2002, (605) 638.

¹⁵⁵ Vaststellingen die de notaris doet *de visu et auditu* krijgen namelijk een bijzondere bewijswaarde.

¹⁵⁶ *Supra*, randnr. 83.

¹⁵⁷ *Infra*, randnr. 86

het bewaren van de integriteit van de informatie die betrekking heeft op de transactie.¹⁵⁸ Deze drie 'intermediaire' functies zorgen er allemaal voor dat de rechthebbende contractpartij volwaardig en geïnformeerd kan toestemmen tot de overeenkomst, en aldus beschermd is.

86. Ten tweede kan de formaliteit bestaan uit de specifieke vermelding van bepaalde informatie in de overeenkomst.¹⁵⁹ Die informatie kan betrekking hebben op de verbintenissen die een partij op zich neemt, de gevolgen ervan, maar ook op de rechten die een partij heeft, alsook op de identiteitsgegevens van de partijen. Het hoeft niet te verwonderen dat deze formaliteit het instrument bij uitstek is ter bescherming van de zwakkere partij in de massa van consumentenwetgeving die het laatste decennium is aangegroeid. De specifieke vermelding is immers het meest directe middel om een zwakkere partij in staat te stellen een geïnformeerde toestemming te geven. Deze formaliteit gaat natuurlijk nog een stap verder dan een loutere informatieplicht. Er wordt krachtens de wet een informatiestroom gegenereerd die slechts geldig haar uiting vindt in allerlei specifieke vermeldingen.¹⁶⁰ Hier is de nauwe verwevenheid tussen formaliteit en materiële verplichting het duidelijkst zichtbaar. De specifieke vermelding formaliseert als het ware een materiële verplichting (een informatieplicht) om deze laatste kracht bij te zetten. Door de formalisering kan immers makkelijker nagegaan worden of de partij daadwerkelijk kennis genomen heeft van de informatie.¹⁶¹ Daarnaast zullen sommige vermeldingen eigenhandig door de beschermde partij aangebracht moeten worden.¹⁶² Op die manier wordt zowel de integriteit (via het zelf

¹⁵⁸ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 121-128.

¹⁵⁹ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 83; P. BRASSEUR, "Le formalisme dans la formation des contrats, approches de droit comparé" in M. FONTAINE, *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Bruylant, 2002, (605) 650.

¹⁶⁰ Men kan zich afvragen hoe effectief deze informatiestromen zijn in de ondersteuning van de consument, die zeker niet altijd de zondvloed aan gegeven informatie verwerkt of incalculeert in zijn gedrag. Deze discussie valt helaas buiten het bestek van deze masterproef.

¹⁶¹ JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 84.

¹⁶² Bv. de vermelding "gelezen en goedgekeurd voor ... euro terug te betalen", die door de consument moet worden aangebracht op de kredietovereenkomst (art. VII.78, §1, derde lid W.E.R.) of bij de kosteloze borgstelling waar de borg handgeschreven moet vermelden: "door me

aanbrengen) als het waarachtig karakter (doordat de beschermde partij de inhoud van de vermelding zelf controleert) van de informatie beschermd.

87. Ten derde is ook de handtekening een belangrijke formaliteit. De handtekening kan een primaire of secundaire rol vervullen.¹⁶³ Daarmee wordt bedoeld dat ze soms vereist is op zich (om geldig te zijn moet de overeenkomst ondertekend zijn) of ter ondersteuning van een andere vormvereiste. De eerste vorm komt bijvoorbeeld voor in het consumentenkrediet.¹⁶⁴ De tweede vorm wordt gebruikt wanneer men de vervulling van een andere vormvereiste wil koppelen aan het moment van ondertekening van de overeenkomst, of aan de eigenhandige plaatsing van een vermelding die voor de ondertekening moet gemaakt worden. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het hypothecair krediet, waarbij op het moment van ondertekening een exemplaar van de overeenkomst moet worden overhandigd.¹⁶⁵ Door de ondertekening weet men dan dat de kopie principe overhandigd is.

De handtekening heeft uiteraard tot doel de ondertekenaar van de overeenkomst te identificeren. Maar daarnaast wil men via de handtekening ook verifiëren of de beschermde partij daadwerkelijk de wil heeft geuit om zich te verbinden tot de inhoud van het contract.¹⁶⁶

C. Indeling naar rechtsgevolg

88. Het rechtsgevolg is zoals beschreven het onderscheidend criterium tussen formaliteiten die strekken tot geldigheid, bewijs en tegenwerpelijkheid. Maar ook binnen de categorie van de formaliteit als geldigheidsvereiste worden

borg te stellen voor ... voor de som beperkt tot ... euro als dekking van de betaling van de hoofdsom en interesten voor een duur van ..., verbind ik me ertoe aan de schuldeiser van ... de verschuldigde sommen terug te betalen op mijn goederen en inkomsten, indien, en in de mate dat, ... er niet zelf aan heeft voldaan" (art. 2043quinquies, §3 BW).

¹⁶³ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 97.

¹⁶⁴ art. VII.78, §1, eerste lid W.E.R..

¹⁶⁵ art. VII.133 W.E.R.

¹⁶⁶ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 98.

er verschillende rechtsgevolgen gekoppeld aan de schending bij wijze van sanctionering.

89. Omdat een vormvereiste een bijkomende geldigheidsvoorwaarde is, wordt haar schending in principe bestraft met de vernietigbaarheid van de overeenkomst.¹⁶⁷ Deze vernietigbaarheid kan al dan niet expliciet voorgeschreven zijn. Soms schrijft de wetgever ook andere sancties voor. Daarom maken we hieronder het onderscheid tussen uitdrukkelijk en niet-uitdrukkelijk voorgeschreven sancties. Het interessantste verschil komt naar boven bij formaliteiten ter bescherming van de zwakkere partij in een overeenkomst. We beperken ons tot de civielrechtelijke sancties, en laten eventuele administratieve of strafrechtelijke sancties buiten beschouwing.

(i) Uitdrukkelijk bepaalde sancties

90. Zoals vermeld zal de wetgever in sommige gevallen uitdrukkelijk bepalen dat de schending van een vormvereiste wordt gesanctioneerd met de nietigheid van het contract of het beding. Zo wordt het ontbreken van bepaalde vermeldingen uit art. VI.78 W.E.R. inzake het consumentenkrediet expliciet bestraft met de nietigheid. Bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten zal onder andere het niet verstrekken van een ontwerpovereenkomst leiden tot de nietigheid van het contract. In overeenkomsten waar formaliteiten dienen ter bescherming van de zwakke contractpartij, wordt de uitdrukkelijke nietigheid door de rechter als een automatisme wordt opgevat: zodra de formaliteit niet is nageleefd, moet de nietigheid worden toegepast zonder enige bijkomende belangenafweging.¹⁶⁸ Hieronder zal betoogd worden dat dit automatisme de nodige flexibiliteit ontbreekt.¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Supra*, randnr. 22, en *infra*, randnr. 98 e.v.

¹⁶⁸ D. BLOMMAERT en F. NICHELS, "Kroniek van het Consumentenkrediet (1999-2005)", *TBH* 2006, (587) 602-603; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 443-445.

¹⁶⁹ *Infra*, randnr. 101 e.v.

91. Men neemt aan dat de uitdrukkelijk voorgeschreven nietigheid in de regel een relatieve nietigheid is, vermits het belang dat beschermd wordt door de formaliteit een louter privaat belang is.¹⁷⁰ Dat is in elk geval zo voor moderne overeenkomsten zoals het consumentenkrediet en de commerciële samenwerkingsovereenkomst. Wat betreft de klassieke overeenkomsten uit het Burgerlijk Wetboek is de situatie daarentegen minder eenduidig. Sommigen nemen aan dat in het gemeen recht de schending van vormvereisten een absolute nietigheid met zich meebrengt.¹⁷¹ De nietigheid van een schenking wegens het ontbreken van een authentieke akte heeft dan weer een absoluut karakter tijdens het leven van de schenker, maar krijgt een relatief karakter na diens overlijden.¹⁷² Alle formaliteiten over dezelfde kam scheren en in het algemeen bepalen dat de schending van een formaliteit een relatieve dan wel absolute nietigheid teweegbrengt, is eigenlijk te kort door de bocht. De meest pragmatische benadering is wellicht het geval per geval bekijken welke belangen precies worden beschermd.¹⁷³

92. De conversie of herkwalificatie van een contract kan eveneens gebruikt worden om de schending van formaliteiten te sanctioneren. Een bekend voorbeeld is de vereiste van een geschrift voor een arbeidsovereenkomst van bepaalde duur (maar ook bepaalde andere arbeidsovereenkomsten). Bij niet-naleving van deze vereiste zal de arbeidsovereenkomst gelden als een overeenkomst van onbepaalde duur: de ongeldige rechtshandeling wordt geconverteerd naar een geldige rechtshandeling.¹⁷⁴

93. Een derde mogelijke sanctie bestaat uit de toekenning van een compenserend voordeel in de contractuele relatie. Onder deze verzamelterm vallen allerlei specifieke sancties aangepast aan de soort overeenkomst, die van

¹⁷⁰ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 440.

¹⁷¹ P. BRASSEUR, "Le formalisme dans la formation des contrats, approches de droit comparé" in M. FONTAINE, *Le processus de formation du contrat*, Brussel, Bruylant, 2002, (605) 656.

¹⁷² R. BARBAIX en B. VERDICKT, "Handgift zonder (bewezen) traditio: onbestaand of vernietigbaar?" (noot onder Gent 17 april 2007), *Not.Fisc.M.*, 2011, (66) 78-79.

¹⁷³ H. JACQUEMIN, "La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel" in P. Wéry (red.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, 122.

¹⁷⁴ Art. 9, eerste en tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet.

aard zijn het (vermoede) nadeel van de schending van de formaliteit te compenseren. Dergelijke sancties zullen we niet terugvinden in de overeenkomsten van het Burgerlijk Wetboek, maar wel in het domein van onder andere overeenkomsten met consumenten. Dit zijn dan ook veelal de overeenkomsten waar de formaliteit een emanatie is van een materiële informatieverplichting van een partij. Door de niet-naleving van de formaliteit wordt aangenomen dat niet is voldaan aan de materiële verplichting die eronder schuilt. Het compenserend voordeel kan bestaan uit de vermindering (of bevrijding) van een verbintenis, of het opleggen van een bijkomende verbintenis aan de tegenpartij. Zo kan de rechter de verplichtingen van de consument-kredietnemer verminderen tot de terugbetaling van het ontleende bedrag met behoud van termijnen, wanneer bepaalde verplichte vermeldingen uit art. VII.78 W.E.R. niet zijn gemaakt.¹⁷⁵

(ii) Niet-uitdrukkelijke sancties

94. Soms schrijft de wetgever geen uitdrukkelijke sanctie voor. In dat geval moeten we toevlucht zoeken tot het gemeen contractenrecht.

95. De rechter kan in elk geval de nietigheid van de rechtshandeling uitspreken: de nietigheidssanctie hoeft inderdaad niet telkens uitdrukkelijk voorzien te zijn. Het adagium “*pas de nullité sans texte*” geldt niet in het verbintenissenrecht zoals dat in het procesrecht geldt. Men spreekt in het Frans over een “*nullité virtuelle*” in tegenstelling tot een “*nullité textuelle*”.¹⁷⁶ De nietigheidssanctie behoort sowieso tot het wapenarsenaal van de rechter, die er echter bedachtzaam mee moet omspringen. Hij zal rekening moeten houden met enerzijds de zwaarwichtigheid van inbreuk en het doel dat de geschonden regel wil bereiken, en anderzijds met het feitelijk milieu waarin de nietigheid zal

¹⁷⁵ Art. VII.195 W.E.R.

¹⁷⁶ E. VIEUJEAN, C. RENARD, “Nullité, inexistence, et annulabilité en droit civil Belge”, *Ann. Dr. Liège*, 1962, (243) 267.

werken.¹⁷⁷ Of de rechter de nietigheid zal uitspreken, hangt dus telkens af van een concrete belangenafweging.

96. Overeenkomsten met formaliteiten ter bescherming van de zwakke partij, waarbij de nietigheid niet uitdrukkelijk is voorgeschreven kunnen dus uiteraard ook vernietigd worden door de rechter. De nietigheidssanctie zal hier niet automatisch worden toegepast bij de loutere schending van de formaliteiten.¹⁷⁸ Dit wordt bevestigd door het Hof van Cassatie.¹⁷⁹ De rechter gaat volgens het Hof *in concreto* na of de schending van de formaliteit de nietigheid verdient. Dit is een belangenafweging die de rechter maakt: als de beschermde partij geen nadeel heeft geleden door de schending van de formaliteit, is haar vermogen om een geïnformeerde toestemming te geven met andere woorden niet aangetast.¹⁸⁰ De schending van een vormvereiste kan wel degelijk leiden tot de nietigheid van de overeenkomst, maar de rechter moet zijn beslissing nemen met inachtneming van de zwaarwichtigheid van de aantasting van de belangen. Het Hof boog zich in het concrete geval over de vormvereisten in een reiscontract. Het Hof nam geen genoegen met de vaststelling door de rechter ten gronde dat de verplichte opmaak van een overeenkomst of bestelbon door de onderneming strekt tot bescherming van de toestemming van de consument, en de overeenkomst bijgevolg nietig was wegens de niet-naleving van de formaliteiten.

De geschonden artikelen 9 en 23 van de Reisorganisatiewet¹⁸¹ vereisen inderdaad de opmaak van respectievelijk een bestelbon en een schriftelijke overeenkomst. De schending van deze vormvereisten wordt niet uitdrukkelijk gesanctioneerd met de nietigheid van de overeenkomst. Toch bestaat ook hier een nietigheidsrisico. De rechter die de reisovereenkomst wegens schending van deze formaliteit wil nietig verklaren neemt hierbij de zwaarwichtigheid van de

¹⁷⁷ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 450.

¹⁷⁸ P. WÉRY, "La nullité des contrats d'organisation de voyages et d'intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales" (noot onder Cass. 26 mei 2006), *TBBR* 2007, (479) 481.

¹⁷⁹ Cass. 26 mei 2006, *Arr.Cass.* 2006, afl. 5, 1191.

¹⁸⁰ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 453.

¹⁸¹ Wet van 16 februari 1994 tot regeling van het contract tot reisorganisatie en reisbemiddeling, *BS* 1 april 1994.

aantasting van de belangen in rekening. Het inhoudelijk vervullen van het doel van de vormvereiste zou hier dus tot gevolg kunnen hebben dat de belangen van de reiziger gevrijwaard zijn. De louter formele schending is dan geen voldoende zwaarwichtige aantasting van de belangen van de beschermde partij om een nietigverklaring te rechtvaardigen. De partij die de nietigheid vordert, zal er niet in slagen een zwaarwichtige aantasting van haar belangen aan te tonen. De nietigverklaring kan in dergelijke situaties geweigerd worden.

97. Daarnaast kan het niet-naleven van een formaliteit door een tegenpartij uiteraard ook leiden precontractuele aansprakelijkheid en schadevergoeding op basis van art. 1382 BW, zonder dat het contract noodzakelijk vernietigd moet worden.

HOOFDSTUK 2 - DE SANCTIONERING VAN DE FORMALITEIT

1. PRINCIPE: VERNIETIGBAARHEID VAN DE OVEREENKOMST OF HET BEDING

98. Zoals hierboven werd besproken, leidt de schending van de formaliteit als geldigheidsvereiste in beginsel tot de nietigheid van de overeenkomst. Deze nietigheid kan expliciet door de wet voorzien zijn, maar kan ook op louter virtuele basis door de rechter worden aangewend. Hieronder gaan we verder in op de aanwending van de nietigheidssanctie en op de verschilpunten tussen de expliciete en niet-expliciete nietigheid. We spitsen ons toe op de formaliteiten die de zwakkere partij in staat moeten stellen om een geïnformeerde toestemming te geven. We zullen zien dat de nietigheid in sommige gevallen haar doel voorbij dreigt te gaan, en dat dit voor kritiek vatbaar is.

99. Om uit te maken of de nietigheidssanctie de gepaste sanctie is, moet rekening gehouden worden met de in het spel zijnde belangen en het feitelijk milieu waarin de nietigheid uitwerking zal hebben.¹⁸² Het wezenlijke

¹⁸² S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in J. SMITS, S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-

verschilpunt tussen de expliciete en niet-expliciete nietigheid is wie deze afweging maakt: respectievelijk de wetgever en de rechter.

100. In overeenkomsten waar de formaliteiten dienen ter bescherming van de zwakkere partij, is de expliciet voorgeschreven nietigheid een krachtig wapen. Het is opvallend dat de rechtspraak en rechtsleer deze expliciet voorgeschreven nietigheid beschouwt als een automatische sanctie. De loutere schending van de vormvereiste is voldoende om te leiden tot de toepassing van de nietigheid. Het feit dat - ondanks de schending van de formaliteit - de beschermde partij voldoende geïnformeerd was en het doel van de formaliteit dus bereikt was, verandert daar niets aan.¹⁸³ De wetgever heeft als het ware de boven beschreven afweging gemaakt in de plaats van de rechter, zodat deze laatste dit niet meer hoeft te doen. De rechter heeft geen appreciatiemarge en moet de sanctie toepassen. Hoewel men uit de stand van de rechtspraak tot nu toe kan afleiden dat dit automatisme aanvaard wordt, kan hierop niettemin enige kritiek worden geuit. Waar de nietigheid niet uitdrukkelijk is voorgeschreven, heeft de rechter wel deze appreciatiemarge.

101. De uitdrukkelijk bepaalde, automatische nietigheid is in vele gevallen echter een te mijden wapen. Deze stelling steunt op een aantal vaststellingen.

Aan de oorsprong van het probleem ligt vooreerst het feit dat de wetgever *a priori* een belangenafweging heeft gemaakt terwijl hij niet de meest geschikte figuur was om dit te doen. De wet onttrekt de belangenafweging aan de rechter en maakt deze in zijn plaats. Nochtans lijkt de rechter – net in die gevallen – de meest geschikte figuur om uit te maken of de nietigheid de meest aangepaste sanctie is. De reden waarom de wetgever vindt dat in bepaalde situaties de nietigheid geen op maat gemaakte sanctie moet zijn, maar automatisch en bij elke louter formele schending moet worden toegepast, blijft dan ook zeer

Groningen, Intersentia, 2002, (225) 238-239; W. VAN GERVEN, "Onverbindendheid: blokkendoos of grabbelton?" in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, (483) 493-495.

¹⁸³ Cass. 7 december 2006, *T. Vred* 2007, 410-413, noot F. DE PATOUL.

onzeker. De formaliteiten staan uiteindelijk alleen maar in dienst van¹⁸⁴ de materiële verplichtingen die eronder schuilen. Als aan deze materiële verplichting is voldaan, is de wetgever in zijn opzet geslaagd en is de nietigheid niet nodig. Het tegenoverstelde beweren doet vermoeden dat de wetgever niet zozeer de bescherming van de zwakke partij op het oog heeft, maar vooral de standaardisering van bepaalde overeenkomsten. Hoewel het motief van standaardisering nog enigszins kan verdedigd worden bij het consumentenkrediet¹⁸⁵, is het hoogst onwaarschijnlijk dat dit inderdaad altijd het opzet is.

Het bovenstaande leidt tot twee opmerkingen. Ten eerste is de rechter het best geplaatst om de finale belangenafweging bij de toepassing van de nietigheid te maken, niet de wetgever. Het expliciet wettelijke karakter van de sanctie is eigenlijk niet van aard dit te veranderen. Bovendien: hoe verantwoordt de wetgever dat in sommige gevallen de nietigheid wel uitdrukkelijk wordt bepaald, terwijl in andere nochtans gelijkaardige gevallen de nietigheid niet expliciet wordt vermeld? Dit schijnbaar arbitraire verschil leidt zo tot een verschillende toepassing van de nietigheid. Ten tweede valt er iets te zeggen voor de vervulling van het normdoel als rem op de nietigverklaring wegens schending van formaliteiten, tenzij de wetgever als overijverig bestempeld wil worden. Als het doel van de formaliteit is bereikt, dan is er noch bij de expliciete noch bij niet-expliciete nietigheidsgrond nood om de sanctie toe te passen. De vervulling van het normdoel speelt al een rol in de nietigheid van proceshandelingen in het gerechtelijk recht. Kan men dit leerstuk dan niet doortrekken naar het verbintenissenrecht?¹⁸⁶

102. Bovendien gebruikt men een onaangepaste sanctie voor een formalisme dat nochtans geëvolueerd is naar een andere vorm. De focus van het formalisme verschuift van de klassieke contracten uit het Burgerlijk Wetboek naar de

¹⁸⁴ P. MANKOWSKI, "Information and formal requirements in EC Private Law", *ERPL* 2006, (779) 781.

¹⁸⁵ Bij het consumentenkrediet tracht men de informatie enigszins te standaardiseren om zo de vergelijking tussen kredietverleners makkelijk te maken voor de kredietnemer, *infra* randnr. 156.

¹⁸⁶ *Infra*, randnr. 158 e.v.

modernere overeenkomsten zoals het consumentenkrediet of commerciële samenwerkingsovereenkomsten. Daarmee verschuift ook de focus van de bescherming van de actor van de rechtshandeling naar de bescherming van de zwakkere partij in het contract. Deze *shift* in het gebruik van formaliteiten leidt in mijn ogen tot een andere benadering van de nietigheidssanctie wegens de schending van de formaliteiten.

103. In de meeste klassieke overeenkomsten uit het Burgerlijk Wetboek, zoals het huwelijkscontract en de schenking, dient de formaliteit meestal ter bescherming van de actor van de rechtshandeling.¹⁸⁷ Het ideaal van de weloverwogen en geïnformeerde toestemming wordt bereikt door de actor attent te maken op de zwaarwichtigheid van de rechtshandeling. Dat verklaart waarom de notariële tussenkomst de meest voorkomende interventie is op dit vlak. Het formalisme is hier patriarchaal: de wetgever houdt (via de notaris) de actor bij de hand bij het stellen van een rechtshandeling. Bij de modernere overeenkomsten is de invalshoek anders: daar wordt het formalisme gebruikt om de zwakkere contractpartij te beschermen *tegen misbruik vanwege de sterkere partij*. Het formalisme behelst niet de relatie van de beschermde partij met zichzelf, maar de relatie tussen twee contractpartijen. De formaliteit wordt gebruikt om een materiële verplichting van de ene contractpartij tegenover de andere vorm te geven. Het verwondert dan ook niet dat men hiervoor meestal een geschrift in combinatie met specifieke vermeldingen aanwendt als beschermingsmiddel. Hier zal het niet de notaris zijn die de beschermde partij leidt tot attentie, maar de tegenpartij van de beschermde partij zelf – in de vorm van informatieplichten.¹⁸⁸

104. Het feit dat de bescherming van de zwakke partij wordt verwezenlijkt door middel van een *materiële verplichting van een tegenpartij*, gegoten in een formaliteit, is een belangrijke bijkomende dimensie. Deze bijkomende dimensie

¹⁸⁷ *Supra*, randnr. 81.

¹⁸⁸ Waarmee nog niet is gezegd dat dit de enige reden is voor het verlaten van de notariële tussenkomst. Uiteraard zijn kosten en tijdrovend karakter voornamelijk redenen hiervoor. Maar het wegvallen van de notaris heeft tot gevolg dat iemand anders de zwakke partij moet attent maken op relevante gegevens, namelijk de sterkere partij zelf.

zorgt er namelijk voor dat het gedrag van de tegenpartij mijns inziens ook in rekening moet worden genomen. Wat als de tegenpartij de beschermde partij voldoende heeft geïnformeerd maar dit niet heeft gedaan in de vereiste vorm? Is het dan billijk en gepast om, zoals vandaag, het op zich zorgvuldige gedrag van de tegenpartij en diens voldoening aan zijn materiële verplichting totaal niet in rekening te nemen? Bestaat er dan geen mechanisme in het verbintenissenrecht om de nietigheidssanctie te flexibiliseren, zonder dat de sterke partij ontsnapt aan zijn (materiële én formele) verplichtingen en zonder dat de zwakke partij inboet aan bescherming? De theorie van de wilsgebreken biedt een hoopvol perspectief.¹⁸⁹ Kan het ook omgekeerd niet verdedigd worden dat de geïnformeerde zwakkere partij te kwader trouw handelt door zich in sommige situaties op de louter formele schending te beroepen? De theorie van het rechtsmisbruik verschijnt in gedachten.¹⁹⁰

2. TEMPERINGEN VAN DE NIETIGVERKLARING WEGENS SCHENDING VAN FORMALITEITEN

105. De nietigheidssanctie dreigt in sommige gevallen aan haar doel voorbij te gaan. Daarom onderzoeken we hieronder of er mechanismen bestaan die de nietigverklaring wegens schending van vormvereisten zouden kunnen temperen. De figuur van het rechtsmisbruik lijkt aan de oppervlakte een veelbelovende piste. Maar ook op een meer fundamenteel niveau kunnen er oplossingen aangereikt worden. Een fundamentele oplossing betekent dat de nietigheidssanctie meer flexibiliteit krijgt, terwijl de zwakkere partij nog steeds voldoende beschermd wordt. Het gaat om een alternatieve fundering van de nietigheid waarbij de wetgever de bescherming van de zwakkere partij inbouwt in het leerstuk van de wilsgebreken. Ten slotte onderzoeken we een meer gewaagde piste waarbij we ons afvragen of de nietigheidsleer in het procesrecht als inspiratie kan dienen voor de nietigheid in het verbintenissenrecht.

¹⁸⁹ *Infra*, randnr. 126 e.v.

¹⁹⁰ *Infra*, randnr. 106 e.v.

A. Misbruik van de nietigheidsvordering

106. Kan het instellen van een nietigheidsvordering rechtsmisbruik uitmaken? Van rechtsmisbruik is volgens het Hof van Cassatie sprake wanneer een recht wordt uitgeoefend “*op een manier die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon*”.¹⁹¹ De theorie van het rechtsmisbruik is een algemeen rechtsbeginsel¹⁹² dat op haar beurt kan worden gezien als een toepassing van de matigende werking van de goede trouw.¹⁹³

Uit de bovenvermelde definitie die door het Hof van Cassatie wordt gehanteerd leidt de rechtsleer een algemeen criterium af waaraan men de uitoefening van een recht kan toetsen: de kennelijk onredelijke manier van handelen door de eisende partij. Niet elk misbruik of overdreven optreden wordt beteugeld, maar enkel die gevallen waarin geen enkele andere normale persoon in dezelfde situatie op een gelijke manier zou gehandeld hebben.¹⁹⁴ Daarnaast maken vele auteurs een (niet-exhaustieve) lijst van specifieke criteria gebaseerd op de bijzondere verschijningsvorm die het rechtsmisbruik kan aannemen in verschillende situaties.

(i) Criteria van rechtsmisbruik

(1) exclusief oogmerk om te schaden – geen redelijk en toereikend belang

107. Wanneer iemand zijn rechten uitoefent louter met de bedoeling om schade te berokkenen aan een ander, kan van de rechter geen medewerking gevraagd worden bij de afdwinging ervan. Wanneer iemand een constructie optrekt op zijn grond enkel en alleen om zijn buur te beroven van zonlicht of uitkijk door zijn raam, spreekt het voor zich dat het eigendomsrecht wordt

¹⁹¹ Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31; Cass. 6 januari 2006, *Arr. Cass.* 2007, 71.

¹⁹² Cass. 16 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31; Cass. 22 september 2008, *RW* 2010-11, 1345.

¹⁹³ Cass. 12 februari 2014, *RW* 2014-15, 905; L. GEUDENS, *Het verbod op rechtsmisbruik in contracten, evaluatie van een algemeen rechtsbeginsel*, Brugge, Die Keure, 2014, 21-26.

¹⁹⁴ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 102.

aangewend op een onaanvaardbare manier.¹⁹⁵ Onder invloed van VAN GERVEN is dit criterium geëvolueerd naar de uitoefening van een recht zonder enig belang, waarvan het oogmerk om te schaden als een emanatie kan gezien worden.¹⁹⁶ De omstandigheid dat de eisende partij geen redelijk en voldoende belang heeft bij de een vordering, loopt vaak over in de vaststelling dat de uitoefening van het recht disproportioneel is.¹⁹⁷

(2) disproportionaliteit

108. Het criterium van de proportionaliteit is allicht het makkelijkst in verband te brengen met het generieke criterium. Een rechtsuitoefening die kennelijk de grenzen van een normale uitoefening te buiten gaat, is namelijk per definitie disproportioneel. De afweging van de proportionaliteit van de rechtsuitoefening en het algemene criterium worden door de rechtspraak dan ook vaak in één adem genoemd.¹⁹⁸ De inherente disproportionaliteit die vervat ligt in het concept van het rechtsmisbruik, verklaart ook waarom de sanctie er in principe uit bestaat de rechtsuitoefening te herleiden of verminderen naar een normale (en dus proportionele) uitvoering. Verschillende situaties die soms worden genoemd als aparte criteria kunnen eigenlijk onder deze noemer gebracht worden. Wanneer iemand een recht op verschillende manieren kan uitoefenen, maar kiest voor die uitoefening die het meest schadelijk is voor de tegenpartij, is er duidelijk een element van disproportionaliteit aanwezig.¹⁹⁹ Idem dito voor de rechtsuitoefening die naar verhouding meer schade toebrengt aan een ander dan voordeel aan de titularis van het recht.²⁰⁰

(3) Functionaliteit van de regel

¹⁹⁵ Gent 27 januari 1854, *Pas.* 1854, II, 233.

¹⁹⁶ S. STIJNS, H. VUYE, "Rechtsmisbruik en burenhinder: evenwichtsoefeningen op weg naar een evenwichtsleer" in W. VAN GERVEN, S. STIJNS, H. COUSY (eds.), *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (299) 303.

¹⁹⁷ Cass. 17 februari 2012, *RW* 2014-15, 181

¹⁹⁸ A. DE BOECK, *Rechtsmisbruik*, Mechelen, Kluwer, 2011, 15; Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31.

¹⁹⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations. I. Introduction. Sources des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 78-80.

²⁰⁰ Cass. 17 januari 2011, *TBBR* 2013, afl. 7, 400-402.

109. Als men aanneemt dat subjectieve rechten doelgebonden zijn, dan kan men rechtsmisbruik plegen door de doelstelling van dat recht te miskennen bij de uitoefening ervan.²⁰¹ Het principe lijkt eenvoudig, maar het is niet altijd evident om te achterhalen wat de precieze doelstelling was van een regel bij het toekennen van een subjectief recht. In theorie is het mogelijk te stellen dat men zijn recht om de nietigheid te vorderen misbruikt, wanneer de nietigheidsvordering louter wordt gebruikt om aan de overeenkomst te ontsnappen, en niet om het nadeel van de schending te herstellen. Er is echter geen eensgezindheid over de vraag of subjectieve rechten wel functioneel zijn.²⁰²

(4) Uitoefening van een recht van aard om het rechtmatig vertrouwen van een ander te schaden

110. In het rechtsverkeer, en al zeker in contractuele relaties, baseert een partij zijn gedrag op het gedrag van de ander. De handelingen en het gedrag van één partij creëren in hoofde van de andere een legitiem vertrouwen en verwachtingen omtrent het verdere gedrag. Indien een partij zich gedurende geruime tijd gedraagt op een bepaalde manier, om daarna plots zijn rechten uit te oefenen op een totaal tegengestelde manier, kan dit rechtsmisbruik uitmaken.

(ii) Toepassing van het rechtsmisbruik op formaliteiten

111. Wanneer de vormvereisten opgelegd door de wet miskend worden in een overeenkomst, zal deze miskening gesanctioneerd worden met de nietigheid van het relevante beding of het contract. Zou men, met de extreme gevolgen van de nietigheid in het achterhoofd, kunnen stellen dat de vordering tot nietigverklaring in deze gevallen potentieel rechtsmisbruik uitmaken?

²⁰¹ L. GEUDENS, *Het verbod op rechtsmisbruik in contracten, evaluatie van een algemeen rechtsbeginsel*, Brugge, Die Keure, 2014, 73-76.

²⁰² L. GEUDENS, *Het verbod op rechtsmisbruik in contracten, evaluatie van een algemeen rechtsbeginsel*, Brugge, Die Keure, 2014, 73-76

112. Hoe zou een vordering tot nietigverklaring kunnen aangewend worden op een manier die een normale uitoefening kennelijk te buiten gaat? Zijn er toepassingsgevallen terug te vinden in de rechtspraak die erop wijzen dat rechters de toepassing van deze theorie op de nietigheidsvordering genegen zijn? We bekijken hieronder verschillende toepassingen van de rechtsmisbruikcontrole bij de schending van formaliteiten. In principe lijkt er weinig op tegen om de sanctionering van vormvereisten te toetsen aan rechtsmisbruik. Maar in relaties met consumenten, vooral in het consumentenkrediet, is de rechter niet zo happig.²⁰³

(1) Afwezigheid van een redelijk en toereikend belang

113. Er zijn situaties denkbaar waarin de schending van vormvereisten in principe moet leiden tot de nietigheid van de overeenkomst, maar de eisende partij in feite geen enkel redelijk belang heeft bij de vernietiging van de overeenkomst. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer een vormvereiste, zoals een specifieke vermelding in het contract, tot doel heeft de beschermde partij te waarschuwen of te behoeden voor een situatie die zich achteraf niet heeft voorgedaan. De nietigheidsvordering die ermee gepaard gaat, kan niets herstellen, omdat er niets te herstellen valt. Wat als de beschermde partij zich in dergelijke situatie alsnog op de nietigheidsgrond beroept?

114. De vaststelling van rechtsmisbruik in deze gevallen wordt alleszins niet expliciet afgewezen. Meer nog: het Hof van Cassatie lijkt impliciet te erkennen dat de nietigheidsvordering verstoken van elk rechtmatig toereikend belang kan tegengehouden worden door toepassing van de rechtsmisbruikcontrole. In een arrest van 24 juni 2010 behandelt het Hof een cassatieberoep tegen een arrest van 9 september 2008 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen.²⁰⁴ In de bestreden beslissing had het Hof van Beroep een koop-verkoopovereenkomst met betrekking tot een woning nietig verklaard. Ze steunde haar nietigverklaring op het feit dat de inhoud van het bodemattest niet was opgenomen in de

²⁰³ R. STEENNOT, "Consumentenkrediet. Overzicht rechtspraak", *TPR* 2009, (229) 442.

²⁰⁴ Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-11, afl. 36, 1520-1521, noot J. DEL CORRAL.

onderhandse akte tot verkoop van de grond. De opname van zulk bodemattest is namelijk verplicht krachtens het Bodemdecreet.²⁰⁵ Als dit niet is gebeurd, kan de verwerver de nietigheid van de overeenkomst vorderen.²⁰⁶ De eiser in cassatie haalt onder meer aan dat de vordering tot nietigverklaring rechtsmisbruik uitmaakt, omdat de niet-mededeling van de inhoud van het bodemattest de koper (verweerder) in casu geen enkel nadeel had berokkend: er was immers geen sprake van bodemverontreiniging en de verweerder werd hiervan op de hoogte gesteld. De opname van de inhoud van het bodemattest in de onderhandse akte heeft tot doel de koper te beschermen tegen het onbewust aankopen van vervuilde grond.²⁰⁷ Wanneer er geen sprake blijkt van een vervuilde grond, is de bescherming door deze formaliteit dan ook niet nodig gebleken.

Toch beslist het Hof van Cassatie dat er geen misbruik werd gemaakt van het recht de nietigheid te vorderen. Het Hof lijkt mee te gaan in de redenering van de eiser, en lijkt geen graten te zien in de stelling dat een nietigheidsvordering zonder een rechtmatig belang rechtsmisbruik kan uitmaken. Alleen blijkt het argument van de eiser ontoereikend: het Hof vult namelijk aan dat de formaliteit niet alleen tot doel heeft de koper te beschermen tegen het aankopen van een vervuilde grond, maar tevens bescherming moet bieden tegen schade ingevolge een laattijdige mededeling van het bodemattest. De raadsheren besluiten dan ook dat de mededeling van het bodemattest ná het opstellen van de onderhandse akte (maar vóór de authentieke akte) niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat de koper rechtsmisbruik pleegt door de nietigheid te vorderen. De koper heeft nog steeds een rechtmatig belang. De mededeling is immers te laat gebeurd.

115. Hoewel in het hierboven besproken arrest het beroep op het rechtsmisbruik werd afgewezen, kunnen er toch krijtlijnen en beperkingen geschetst worden voor een succesvol gebruik van deze figuur. De afwezigheid

²⁰⁵ art. 101, §2 Decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, *BS* 22 januari 2007 (hierna: Bodemdecreet), maar ten tijde van het arrest nog art. 36, §2 van het Decreet van de Vlaamse Raad van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering, *BS* 29 april 1995.

²⁰⁶ art. 116, §1 Bodemdecreet.

²⁰⁷ Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-11, afl. 36, (1520) 1521, NOOT J. DEL CORRAL.

van een rechtmatig belang bij een nietigheidsvordering kan alleszins aangewend worden om de nietigheidsvordering tegen te houden. Een moeilijkheid hierbij is echter aan te tonen dat een bepaalde formaliteit slechts één welbepaald, afgebakend belang beschermt. Wanneer glashelder te lezen valt welk belang dit is, kan het opwerpen van rechtsmisbruik een interessante piste zijn. Maar heel vaak beschermt een formaliteit meerdere belangen, en zijn die belangen bovendien niet volledig afgelijnd. Zo kan herinnerd worden aan de verscheidene functies van het geschrift: garanderen van de leesbaarheid, duurzaamheid en integriteit van de informatie.²⁰⁸

(2) proportionaliteit

116. Vermits sommige vormvereisten erg gedetailleerd kunnen zijn, is het niet ondenkbaar dat de toepassing van de nietigheidssanctie als disproportioneel wordt gezien in situaties waar de schending van de vormvereiste slechts minimaal is. Wat moet men denken van het geval waar een eigenhandig aangebrachte formule ontbreekt met de nietigheid tot gevolg, terwijl de partij desondanks wel geïnformeerd was? De effectieve kennisname van de relevante informatie is inderdaad niet 100% gegarandeerd, maar is het proportioneel om de hele overeenkomst te vernietigen? Het gevaar bestaat dat men het kind met het badwater weggooit.

117. Nochtans lijkt de rechtspraak hierin erg streng, althans op het gebied van consumentenbescherming.²⁰⁹ De vrederechter te Zottegem is onverbiddelijk: het ontbreken van een geschreven vermelding van plaats en datum van ondertekening van de kredietovereenkomst ²¹⁰ leidt automatisch en onomstotelijk tot toepassing van het sanctiemechanisme uit art. 86 WCK

²⁰⁸ *Supra*, randnr. 85.

²⁰⁹ Er moet opgemerkt worden dat de extreem gedetailleerde vormvereisten, zoals het aanbrengen van vermeldingen in een ander lettertype in vette letters, vandaag verdwenen zijn. Niettemin is de rechtspraak met betrekking tot deze vormvereisten nog steeds relevant voor de analyse van de rol van art. 86 WCK, vandaag VII.195 W.E.R., vermits zij handelt over het automatische karakter van een expliciete nietigheid.

²¹⁰ Art. VII.78 W.E.R.

(vandaag art. VII.195 W.E.R.).²¹¹ De eiser pleegt geen rechtsmisbruik wanneer hij zich op het sanctiemechanisme beroept en de nietigheid van de hele overeenkomst vordert, ook al is de schending van de formaliteit minimaal. *In casu* had de consument de overeenkomst ondertekend en zelfs de (toen nog verplicht handgeschreven) vermelding “gelezen en goedgekeurd voor ... euro” aangebracht. De datum en het precieze adres van ondertekening werden echter niet door hem aangebracht, maar door de kredietverlener. Nochtans betwist de consument niet dat de overeenkomst daadwerkelijk op de vermelde datum en plaats werd ondertekend. De rechter erkent bijgevolg dat de consument inhoudelijk voldoende geïnformeerd was.²¹² De schending is louter formeel. Maar de consument die zelfs omwille van een louter formele schending de nietigheid van de overeenkomst vordert, bezondigt zich niet aan rechtsmisbruik. Met andere woorden: zelfs indien de inhoudelijke bescherming die wordt beoogd met de formaliteit intact is, kan de volledige overeenkomst in principe naar de prullenmand worden verwezen.

118. De besproken zaak mondt evenwel uit in een ietwat vreemde situatie. De rechter is van oordeel dat de minimale schending gesanctioneerd kan worden zonder dat er sprake is van rechtsmisbruik. Maar hoewel de consument hier (gerechtvaardigd) de nietigverklaring vordert, kiest de rechter voor de vermindering van de verplichtingen van de consument. Dat is logisch, vermits de nietigverklaring van een kredietovereenkomst doorgaans desastreuze gevolgen heeft voor de consument: deze moet dan immers het volledige geleende bedrag, dat misschien reeds is besteed, teruggeven. De keuze voor de vermindering van de verplichtingen is dus verstandig. Opvallend is echter dat het geringe karakter van de schending van de vormvereiste hier plots wél relevant wordt. Zo besluit de rechter dat het om die reden gepaster is om de consument slecht ten dele vrij te stellen van zijn verplichtingen. Door hem slechts gedeeltelijk vrij te stellen,

²¹¹ Vred. Zottegem 13 januari 2011, *T. Vred.* 2013, 644, noot R. STEENNOT. Steennot merkt op dat het lid uit art. 14 WCK dat de vermelding verplicht stelt, echter niet is opgenomen in het sanctiemechanisme van art. 86 WCK. Ook in het nieuwe Wetboek van Economisch Recht is dit niet het geval. Men zou zich dus de vraag kunnen stellen of de rechter hier wel de keuze had tussen nietigheid en vrijstelling van verplichting. Hij kan de overeenkomst in elk geval nietig verklaring op grond van het gemeen recht.

²¹² Vred. Zottegem 13 januari 2011, *T. Vred.* 2013, (644) 646, noot R. STEENNOT.

matigt de rechter hier eigenlijk de rechtsuitoefening door de consument. Dit is uiteindelijk wat een beroep op de sanctie van het rechtsmisbruik beoogt. De volledige vrijstelling zou een disproportionele reactie zijn op de schending van een norm die inhoudelijk wel degelijk vervuld is.

119. Het lijkt er dus op dat, alleszins in het consumentenkrediet, de nietigheidsvordering wegens schending van een vormvereiste immuun is voor de proportionaliteitstoets. Volgens deze strenge rechtspraak is de inhoudelijke vervulling van het doel van de formaliteit irrelevant.²¹³ Bijgevolg kan de inhoudelijke vervulling geen enkele invloed hebben op het al dan niet disproportionele karakter van de nietigheidsvordering. Dit criterium lijkt dus onbruikbaar als rem op de vernietiging via een beroep op het rechtsmisbruik.

120. Bij dit alles moeten we enkele belangrijke kanttekeningen maken. Uit de onderzochte uitspraken wordt duidelijk dat de weigering om de proportionaliteit van de nietigheidsvordering in rekening te nemen, steeds gefundeerd is op de overweging dat de sanctie uitdrukkelijk bij wet bepaald is. De vrederechter te Gent meent dat die wettelijk bepaalde sanctie hem elke keuzeoptie voor het al dan niet toepassen van de sanctie ontnemt.²¹⁴ De vrederechter in Zottegem verwijst naar het expliciet wettelijk bepaalde karakter van de sanctie. Zij steunen daarvoor op het Hof van Cassatie, dat een bestreden vonnis vernietigde omdat de rechter weigerde één van de in de wet bepaalde sancties op te leggen.²¹⁵ Daarmee lijkt deze rechtspraak te willen benadrukken dat de wetgever gewild heeft dat deze formele vereisten strikt worden nageleefd. Elke schending die onder het sanctiemechanisme valt, leidt tot de automatische toepassing van de sanctie. De consument die de toepassing daarvan vraagt, kan niet te kwader trouw zijn als het de wet zelf is die dit automatisme heeft ingebouwd.

²¹³ Cass. 7 december 2006, *T. Vred.* 2007, 410-413, noot F. DE PATOUL; *Vred.* Izegem 19 mei 2004, *T. Vred.* 2006, 44-47, noot F. DE PATOUL; *Vred.* Gent 2 februari 2010, *T. Vred.* 2012, 294-297, noot R. STEENNOT. *Vred.* Zottegem 13 januari 2011, *T. Vred.* 2013, 645-650, noot R. STEENNOT.

²¹⁴ *Vred.* Gent 2 februari 2010, *T. Vred.* 2012, (294) 295.

²¹⁵ Cass. 7 december 2006, *T. Vred.* 2007, (410) 412.

Deze laatste assumptie is misleidend. Het wordt inderdaad aanvaard dat de rechter geen appreciatiemarge heeft indien de nietigheid uitdrukkelijk bij wet is bepaald.²¹⁶ Dat lijkt althans het geval te zijn wanneer de wet duidelijk is in haar bewoording: “bij schending van ... verklaart de rechter de overeenkomst nietig”. De inachtneming van de betrokken belangen en de vraag naar de aangepastheid van de nietigheidssanctie is in deze gevallen reeds door de wetgever voor de rechter gemaakt, zodat deze laatste dat niet meer hoeft te doen. Tot zover is de hierboven vermelde strenge rechtspraak niet controversieel.

Maar dit automatisme sluit helemaal niet uit dat de rechtsuitoefening haar grenzen te buiten kan gaan. Elke uitoefening van een subjectief recht, ook datgene uitdrukkelijk voorzien in een wet, kan rechtsmisbruik uitmaken. Het loutere feit dat het recht of de sanctie waar een partij zich op beroept uitdrukkelijk door de wet is toegekend is op zich geen argument om te besluiten dat de partij in kwestie geen misbruik pleegt. Toch is dat wat lijkt te gebeuren in de rechtspraak. De rechter redeneert als volgt: “*Door zich op deze bepaling [art. 86 WCK] te beroepen bezondigt de verweerder zich niet aan rechtsmisbruik, [...] aangezien hij zich juist beroept op een door de wet voor de miskennis van de kwestige wettelijke bepaling voorziene sanctie.*” Dit is een cirkelredenering: de wet kent een contractpartij een recht toe - de contractpartij oefent dit recht uit - de uitoefening is geen rechtsmisbruik - waarom? Omdat de wet het toekent.

121. In de overtuiging dat de wet streng moet toegepast worden om de consument voldoende te beschermen, is men vergeten dat zelfs de consument onder het oog van het gemeen recht en de algemene rechtsbeginselen leeft. Hoe beschermenswaardig hij ook is, toch is de consument niet onvoorwaardelijk beschermd. Daarmee is nog niet gezegd dat er in de onderzochte uitspraken wel sprake was van rechtsmisbruik. Alleen moet vastgesteld worden dat men de rechtsmisbruikcontrole – hoewel theoretisch van toepassing - de facto onbruikbaar maakt op grond van een argument dat geen hout snijdt. De automatische toepassing door de rechter van een sanctie is niet hetzelfde als de

²¹⁶ M. VON KUEGELGEN, “Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités” in J.-F. ROMAIN et al., *Les obligations contractuelles*, Brussel, Jeune Barreau, 2000, (569) 608.

onmogelijkheid van rechtsmisbruik. Deze twee figuren spelen immers in twee opeenvolgende en gescheiden fases. In een eerste fase stelt men een schending vast die noopt tot de toepassing van een bepaalde sanctie (automatisme). In een tweede fase past men in principe die sanctie toe, tenzij de toepassing ervan tot een abusievelijk resultaat zou leiden (rechtsmisbruikcontrole). In niet-consumentenzaken heeft men dit reeds langer ingezien. Zo is er ook in het kader van de commerciële samenwerkingsovereenkomsten een automatisme in de nietigverklaring wegens schending van bepaalde formaliteiten.²¹⁷ Nochtans heeft men er daar geen problemen mee om ondanks dit automatisch karakter de mogelijkheid van rechtsmisbruik te overwegen – en het ook daadwerkelijk vast te stellen.²¹⁸

122. Bij wege van tussenbesluit kunnen we stellen dat men in consumentenzaken de figuur van het rechtsmisbruik onvoldoende kansen geeft. Met name in gevallen waar een vormvereiste uitdrukkelijk door de wet wordt gesanctioneerd met de nietigheid, schrijft men de rechtsmisbruikcontrole te snel af. Deze mogelijke rem op de nietigverklaring wegens de schending van vormvereisten mag dan wel ogenschijnlijk in werking zijn, maar in de praktijk heeft hij weinig echte kracht. Dit is zoals hierboven geargumenteed onterecht.

123. In het domein van de commerciële samenwerkingsovereenkomsten zet de figuur van het rechtsmisbruik dan weer wel zoden aan de dijk, ook in de situaties waar de rechter zich beperkt acht in zijn appreciatiebevoegdheid. De Rechtbank van Koophandel te Charleroi boog zich in 2009 over een dergelijk probleem.²¹⁹ Twee ondernemingen hadden een franchiseovereenkomst gesloten, doch zonder dat de franchisegever een afzonderlijk document met precontractuele informatie had verstrekt. Dat was en is nochtans een met nietigheid gesanctioneerde vormvereiste.²²⁰ In een dispuut tussen de ondernemingen vordert de franchisenemer de vernietiging van de overeenkomst

²¹⁷ zie *infra*, randnr. 136.

²¹⁸ Kh. Charleroi 16 januari 2009, *DAOR* 2014, 81-95, noot S. CLAEYS.

²¹⁹ Kh. Charleroi 16 januari 2009, *DAOR* 2014, 81-95, noot S. CLAEYS.

²²⁰ Art. 3 *juncto* 5 Wet Precontractuele Informatie, vandaag vervangen door art. X.27 *juncto* X.30 W.E.R.

wegens de schending van deze formaliteit, zoals voorzien in de wet. De franchisegever voert (onder andere) aan dat zijn tegenpartij zich bezondigt aan rechtsmisbruik, omdat zij de vernietiging enkel zou vorderen omwille van de tegenvallende rentabiliteit van de samenwerking.

Ook hier neemt men aan dat de rechter geen appreciatiebevoegdheid heeft in de toepassing van de nietigheidssanctie, in die zin dat een loutere schending van een vormvereiste op zich voldoende is om te besluiten dat de nietigheid moet toegepast worden.²²¹ Inderdaad, zo meent de rechtbank in Charleroi, voorziet de nietigheidssanctie geen enkele andere voorwaarde dan het louter niet-respecteren van het vormvoorschrift. Men vindt dus ook hier het automatisme terug van de nietigheid die uitdrukkelijk door de wet is voorgeschreven. Maar anders dan in het consumentenkrediet, eindigt de redenering hier niet wanneer rechtsmisbruik wordt aangevoerd. Deze automatische toepassing van de nietigheid wordt namelijk getemperd door de werking van de goede trouw, en daaruit volgend het verbod op rechtsmisbruik.²²² Hier zien we duidelijk de (correcte) opsplitsing tussen de vaststelling dat de nietigheidssanctie van toepassing is, en de eventuele tempering in het daadwerkelijk opleggen van de sanctie.

Na te hebben vastgesteld dat de nietigheidssanctie in principe zal moeten toegepast worden, onderwerpt de rechtbank de eis tot vernietiging aan de rechtsmisbruikcontrole. Daarbij stelt zij vast dat de franchisenemer op geen enkel moment werkelijke belangstelling heeft getoond voor de ontbrekende informatie die op straffe van nietigheid had verstrekt moeten worden. De focus ligt uitsluitend op de povere rentabiliteit van de samenwerking, die niet beantwoordt aan de vooruitzichten en schattingen die werden gemaakt tijdens de totstandkoming van de overeenkomst. Daaruit leidt de rechter af dat de eiser-franchisenemer als enige doel had te ontsnappen aan de tegenvallende

²²¹ Bv. Gent 18 november 2013, *RW* 2013-14, 1185-1187.

²²² O. CLEVENBERGH, "La place de l'étude de marché et du plan previsionnel au sein de l'information précontractuelle à fournir au franchisé en vertu de la loi du 19 decembre 2005 et du droit commun. La sanction du caractère in complet des informations communiquées", *TBH* 2008, 189 (199).

overeenkomst, en aldus de vernietiging vordert om een reden die volledig vreemd is aan de bescherming beoogd door de formaliteiten. De uitspraak luidt dan ook dat de eiser rechtsmisbruik pleegt door zich op de nietigheid te beroepen. Gelet op de redenering van de rechtbank, zouden we kunnen zeggen dat de eiser in deze geen rechtmatig en toereikend belang heeft. De Rechtbank van Koophandel benadert het anders en stelt dat de nietigheid van de overeenkomst aan de eiser-franchisenemer een voordeel zou verschaffen dat niet in verhouding staat tot het nadeel voor de verweerder-franchisegever. De matiging van de rechtsuitoefening bestaat er eenvoudigweg uit om de vernietiging van de overeenkomst te weigeren.

(3) Objectief onverenigbare gedraging die rechtmatig vertrouwen van een ander schendt?

124. Op het vlak van de nietigheidsvordering zal het criterium van de zogenaamde objectief onverenigbare gedraging minder relevant zijn. In dergelijke situaties zal het beroep op het rechtsmisbruik eenvoudigweg minder belangrijk zijn, omdat deze reeds worden opgevangen door de mogelijkheid van bevestiging van (relatief) nietige rechtshandelingen. Wanneer een partij een relatief vernietigbare overeenkomst toch naleeft omdat zij voldoende is geïnformeerd, zal zij op die manier de rechtshandeling bevestigen, waardoor de nietigheidsgrond zelf verdwijnt. Vereist is wel dat de bevestigende partij dit doet met kennis van zaken, wat impliceert dat zij op de hoogte is van de nietigheidsgrond.²²³ Eens bevestigd, kan de nietigheidsvordering niet meer worden aangewend en zal ze worden afgewezen, waardoor toevlucht tot de figuur van het rechtsmisbruik niet meer nodig is. Anderzijds, wanneer de partij die de nietigheid vordert de rechtshandeling niet heeft bevestigd omdat zij gewoonweg niet wist dat er een formaliteit werd geschonden, kan men haar zogezegd onverenigbaar gedrag niet verwijten. Zij was al die tijd immers

²²³ S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, (225) 231.

onwetend over haar rechten, en kon niet met kennis van zaken de rechtshandeling bevestigen.

125. Zo besliste het Hof van Beroep te Gent dat een consument die pas de nietigheid van de overeenkomst vraagt wanneer deze reeds volledig gerealiseerd is, geen rechtsmisbruik pleegt wanneer deze niet op de hoogte was van haar herroepingsrecht omdat het niet was opgenomen in de overeenkomst.²²⁴ Het bestaan van een herroepingsrecht in het kader van een overeenkomst buiten de onderneming moest in het contract worden opgenomen, op straffe van nietigheid. De onverenigbare gedraging, die hier zou bestaan uit het laten verrichten van prestaties door de onderneming en het zich niet beroepen op haar herroepingsrecht, staat de nietigheidsvordering niet in de weg. Een partij (of toch minstens een consument) die onwetend is over haar rechten, kan niet verweten worden haar gedrag gebaseerd te hebben op die onwetendheid. De nietigheidsvordering is niet kennelijk onredelijk. Dit alles laat dan nog buiten beschouwing wat in deze context verstaan moet worden onder “rechtmatig vertrouwen”.

B. Wilsgebreken – vermoeden van dwaling

(i) Principe

126. Een mogelijk meer fundamentele oplossing bestaat eruit de formaliteiten vanuit een andere invalshoek te benaderen. In de onderstaande bespreking stappen we af van het autonome karakter van de expliciete nietigheid. Maar ook voor de niet-uitdrukkelijke nietigheid kan dit voorstel een meerwaarde hebben. We zouden de formaliteit en haar doelstelling ook kunnen kaderen vertrekkend vanuit gemeenrechtelijke basisprincipes. Op basis van de leer van de wilsgebreken kunnen we de nietigheidssanctie de nodige flexibiliteit verlenen zonder de doelstelling van de formaliteiten in kwestie geweld aan te doen. Die

²²⁴ Gent 4 oktober 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2006*, 383-388.

doelstelling kan namelijk gevrijwaard worden door de wilsgebreken te combineren met wettelijke vermoedens die de bewijslast omkeren ten gunste van de beschermde partij.

127. Hoe passen de wilsgebreken binnen dit alles? Het antwoord op deze vraag volgt uit de doelstelling van de wetgever bij het gebruik van formaliteiten. Zoals werd besproken, dienen formaliteiten meestal om de beschermde contractpartij in staat te stellen een volwaardige en geïnformeerde toestemming te laten geven tot het contract. Die bekommernis is niet nieuw voor het recht. Het gemeen contractenrecht vereist voor de geldige totstandkoming van eender welke overeenkomst immers vanouds dat de toestemming tot het contract een volwaardige toestemming zou zijn.²²⁵ Is de toestemming van een partij aangetast door een wilsgebrek, dan kan de overeenkomst nietig verklaard worden. Ook met betrekking tot materiële informatieplichten zonder formaliteiten werd in de rechtsleer reeds geopperd dat de wilsgebreken een rol kunnen spelen.²²⁶ Maar wat met formaliteiten? De vraag rijst of de sanctionering van de schending van een formaliteit niet gewoon een bijzondere toepassing is van deze wilsgebreken. Tenslotte bestaat de bescherming van de zwakke partij uit niets anders dan de veronderstelling dat de schending van een formaliteit gelijkstaat met het niet kunnen geven van een geïnformeerde toestemming.²²⁷ Met andere woorden: de schending van een formaliteit is in wezen niets meer dan een wettelijk vermoede dwaling.

128. Er is sprake van dwaling wanneer een contractpartij toestemming geeft tot een overeenkomst op grond van een onjuiste voorstelling van zaken, zonder

²²⁵ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 42-43; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 64; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 294-295; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1968, 35-40.

²²⁶ A. DE BOECK, "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. vandaag. Responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting" in R. VAN RANSBEECK (red.), *Wilsgebreken*, Brugge, Die Keure, 2006, 37-100.

²²⁷ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 444.

dewelke zij het contract niet zou gesloten hebben.²²⁸ In geval van dwaling kan de overeenkomst nietig worden verklaard, vermits een van de geldigheidsvoorwaarden – de toestemming – niet geheel is vervuld. Om toepassing te maken van de dwaling moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan. Kunnen we de bescherming van een partij via formaliteiten zodanig kaderen dat de toepassingsvoorwaarden voor dwaling zijn vervuld? Mijns inziens wel. We overlopen de voorwaarden en stippen aan waar de wettelijke interventies de beschermde partij kunnen steunen.

Ten eerste moet de dwaling bestaan op het moment van de contractsluiting.²²⁹ Deze voorwaarde vormt geen enkel probleem. In de gevallen die besproken worden gaat het inderdaad om precontractuele informatie.

Ten tweede moet de dwaling de zelfstandigheid van de zaak betreffen.²³⁰ Zij moet met andere woorden slaan op een essentieel element van de overeenkomst. Het wetgevend ingrijpen kan zich op dit niveau laten voelen. Door expliciet de informatie op te lijsten die vermeld moet worden en deze vervolgens uitdrukkelijk met de nietigheid te bestraffen, duidt de wetgever eigenlijk aan welke informatie volgens haar essentieel is om een volwaardige toestemming te kunnen geven.²³¹ De partij wordt zo beschermd omdat zij niet meer moet aantonen dat het inderdaad gaat om de zelfstandigheid van de zaak: de wet veronderstelt dit.

Ten derde moet de dwaling verschoonbaar zijn voor de dwalende partij.²³² De vereiste van verschoonbaarheid slaat op het feit dat de dwaling niet mag ontstaan door het handelen of niet-handelen van de dwalende partij zelf. Dwaling is verschoonbaar wanneer elke andere redelijke, zorgvuldige persoon in

²²⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations. I. Introduction. Sources des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 231; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 44; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 68; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, Antwerpen, Standaard, 1973, 312.

²²⁹ J. DEL CORAL, *Dwaling*, Brussel, Larcier, 2011, 61.

²³⁰ J. DEL CORAL, *Dwaling*, Brussel, Larcier, 2011, 47-48.

²³¹ Cf. de aanpak in de Franse rechtspraak omtrent de *Loi Doubin*, zie randnr. 137 e.v.

²³² J. DEL CORAL, *Dwaling*, Brussel, Larcier, 2011, 63

dezelfde situatie gedwaald zou hebben.²³³ Dit alles impliceert dat de dwalende partij zelf een onderzoeksplicht heeft: hij mag niet naïef zijn en zomaar voortgaan op alles wat hem gezegd wordt. Deze vereiste vormt geen probleem voor de toepassing van de wilsgebreken op formaliteiten. De opgelegde formaliteit houdt namelijk net een uitdrukkelijke informatieplicht in voor de sterkere partij. De eigen onderzoeksplicht van een partij houdt op wanneer zij schuldeiser wordt van informatie, en de informatieplicht van de tegenpartij dus begint.²³⁴ Doordat de wet de precieze gegevens opsomt die de partij schriftelijk moet mededelen, is automatisch aan deze vereiste voldaan.

Ten vierde mag de dwaling niet contractueel zijn uitgesloten.²³⁵ In het gemeen recht zijn de partijen vrij om het dwalingsrisico te verdelen. De onzekerheid omtrent een bepaald element in de overeenkomst wordt in de overeenkomst zelf opgenomen.²³⁶ De partij die desondanks contracteert kan niet beweren gedwaald te hebben: zij wist immers dat de onzekerheid bestond. De uitdrukkelijke verplichting om een formaliteit te vervullen en op deze manier de partij te informeren verhindert volgens mij dat de partijen nog kunnen contracteren over het dwalingsrisico. De partij die de formaliteit moet vervullen kan niet aan haar verplichting ontsnappen door contractueel de onzekerheid op te nemen over het element dat het voorwerp vormt van haar verplichting. Anders zou zij haar eigen verplichting in essentie kunnen uithollen. De formaliteit heeft net tot doel bepaalde informatie over te brengen. De schuldenaar van die informatie mag hierover geen onzekerheid laten bestaan. Het dwalingsrisico kan dus niet contractueel worden uitgesloten. Deze toepassingsvoorwaarde vormt dus ook geen probleem.

129. We zien dat alle toepassingsvoorwaarden voor dwaling vervuld kunnen zijn. Op deze manier kan het beschermingsmechanisme van de zwakke partij gezien worden als een aanvulling op het gemeen recht, in plaats van als aparte

²³³ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 52.

²³⁴ S. CLAEYS, "Precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten", *NjW* 2006, (290) 301; J. DEL CORAL, *Dwaling*, Brussel, Larcier, 2011, 75-76.

²³⁵ J. DEL CORAL, *Dwaling*, Brussel, Larcier, 2011, 76.

²³⁶ J. DEL CORAL, *Dwaling*, Brussel, Larcier, 2011, 77.

eilandjes los van de gemeenrechtelijke principes. De partij die in het gemeen recht dwaling aanvoert als grond voor de nietigheid van de overeenkomst, kampt natuurlijk met enkele problemen. Zij zal moeten aantonen dat aan de toepassingsvoorwaarden voor dwaling is voldaan, hetgeen niet altijd even evident zal zijn. Zoals hierboven aangetoond, kan de wetgever hier ingrijpen om de zwakke partij verder te beschermen. Het principe is eenvoudig: de schending van de formaliteit leidt tot een vermoeden van dwaling. De beschermde partij moet louter aantonen dat de formaliteit niet is nageleefd. De toepassingsvoorwaarden voor dwaling worden geacht vervuld te zijn. De tegenpartij zal dan enkel aan sanctionering ontsnappen als zij kan aantonen dat, ondanks de schending van de formaliteit, de beschermde partij wel degelijk op de hoogte was van de relevante informatie die de formaliteit moest overbrengen. Zij moet met andere woorden bewijzen dat er geen verkeerde voorstelling van zaken was in hoofde van de beschermde partij die heeft geleid tot dwaling. Of nog: dat het doel van de formaliteit vervuld is en het vermoeden van dwaling dus weerlegd.

130. Onmiddellijk wordt duidelijk op welke manier dit de zwakke partij extra beschermt in vergelijking met het gemeen recht. De bescherming werkt praktisch gezien exact hetzelfde zoals men dit vandaag de dag opvat: als de beschermde partij toont dat een formaliteit niet is nageleefd, wordt de overeenkomst in principe nietig verklaard. Er is volgens mij dan ook geen reden om te vrezen voor een drastische afname aan bescherming van de betrokken zwakke contractpartijen indien men kiest voor een fundering via de wilsgebreken.

131. Maar het mechanisme is natuurlijk niet identiek hetzelfde. De meerwaarde van een fundering op de wilsgebreken is de ingebouwde flexibiliteit ten gunste van de sterkere partij: zij kan namelijk het vermoeden van dwaling weerleggen. Als zij bewijst dat er ondanks de schending van een formaliteit geen sprake was van een verkeerde voorstelling van zaken - en de beschermde partij dus wel in staat was om een geïnformeerde keuze te maken - kan de schending van de formaliteit niet tot de nietigheid van de overeenkomst leiden. Deze

flexibilisering houdt rekening met de overweging dat de formaliteit slechts bestaat in functie van de materiële verplichting die eronder schuilgaat. Is het gewenste resultaat via de materiële verplichting bereikt, dan is er geen nood aan een sanctie. Nochtans blijft de formaliteit geenszins dode letter: de naleving ervan door de sterkere partij bespaart haar het bewijsrisico. De bescherming van de zwakkere partij bestaat er net uit dat de tegenpartij vrij moeilijk zal kunnen bewijzen dat aan de materiële verplichting is voldaan, indien de formaliteit niet is vervuld. De dreiging van een nietigverklaring is nog steeds voldoende groot om de partij tot naleving te bewegen.

Meerwaarde en implementatie bij niet-expliciete nietigheid

132. We hebben gezien dat bij een niet-expliciete nietigheid de rechter een belangenafweging moet maken bij de toepassing van de nietigheid. De meerwaarde van de fundering via de wilsgebreken is dat deze belangenafweging dan gebeurt in een versterkt kader dat in het voordeel speelt van de beschermde partij. De finale afweging blijft bij de rechter, die daarvoor het best geplaatst is. Toch heeft de wetgever een nuttige interventie gedaan: de positie van de zwakke partij is versterkt. Waar de zwakke partij normaal zelf moet bewijzen dat haar belangen zijn geschaad door de schending van de formaliteit en dat dit voldoende is om de nietigheidssanctie te rechtvaardigen, wordt de partij nu van deze moeilijkheid verlost. De schijnbaar arbitraire verschillende behandeling van beschermde partijen die zich geconfronteerd weten met respectievelijk expliciete en niet-expliciete nietigheden, verdwijnt op die manier.²³⁷ De verweerder heeft wel de nodige verdedigingsmiddelen in handen. In principe kan deze redenering van vandaag op morgen worden toegepast op de gevallen van niet-expliciete nietigheid, moest de rechtspraak deze stelling genegen worden.

²³⁷ De verschillende behandeling bestaat uit het feit dat bij een expliciete, automatische nietigheid de beschermde partij niets moet bewijzen buiten de schending van de formaliteit, terwijl bij de niet-expliciete nietigheid de partij wel de aantasting van haar belangen moet aantonen. JACQUEMIN voert zelfs overtuigend aan dat de verschillende behandeling een schending van art. 10-11 van de Grondwet kan uitmaken: H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 502-503.

Meerwaarde en implementatie bij expliciete nietigheid

133. Bij een expliciet bepaalde nietigheid zou de implementatie van deze nieuwe benadering evenwel minder makkelijk zijn. Het grootste struikelblok voor een fundering van dit mechanisme op de theorie van de wilsgebreken, is net de ratio die men geeft aan het expliciete karakter van de nietigheid. Zoals we hierboven hebben gezien, lijkt het expliciete karakter van de nietigheid in te houden dat de wetgever de nodige belangenafweging in de plaats van de rechter heeft gemaakt en het resultaat van die afweging als het ware aan de rechter opdringt. Daarenboven werd reeds in het verleden geprobeerd om op sommige vlakken de theorie van de wilsgebreken te betrekken bij de expliciete nietigheid, zonder succes.²³⁸ Daarom benadrukken we hier dat de geschetste benadering vanuit de wilsgebreken voor expliciete nietigheden *de lege ferenda* is, en geen interpretatiewijze die van vandaag op morgen kan worden toegepast. De bedoeling is de automatische sanctionering van formaliteiten te benaderen vanuit een geheel andere invalshoek die ons in staat stelt de problematiek kritisch te belichten.

De expliciet bepaalde nietigheid moet bij een fundering op de wilsgebreken dan ook een geheel andere rol krijgen als niet-autonome nietigheidsgrond. Eigenlijk kan deze rol niets anders zijn dan een loutere verduidelijking. De nietigheid is bij deze aanpak geen autonome nietigheidsgrond. Bij gebreke aan expliciete sanctie ontstaat er soms discussie over de aard van de formaliteit.²³⁹

134. Hieronder onderzoeken we twee welbekende toepassingsgevallen van formaliteiten die expliciet op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven ter bescherming van een partij. Het gaat om de commerciële samenwerkingsovereenkomst en het consumentenkrediet. Vinden we de geschetste benadering terug in de rechtsleer of elders? Wat betreft samenwerkingsovereenkomsten hebben sommige rechtsgeleerden reeds

²³⁸ Namelijk bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, zie *infra*, randnr. 142.

²³⁹ Bv. inzake reiscontracten: Antwerpen 23 november 2004, *DCCR* 2005, 41-54, noot F. VAN BELLINGHEN.

gewezen op de aantrekkingskracht van de wilsgebreken, terwijl ze verwijzen naar de Franse rechtspraak hieromtrent.²⁴⁰ We onderzoeken dan ook of de Franse rechtspraak als inspiratie kan gebruikt worden. Daarnaast kunnen ook de UNIDROIT Modelwet en de PECL aangedragen worden ter ondersteuning van deze redenering op het vlak van commerciële samenwerkingsovereenkomsten. Vervolgens gaan we na of de redenering ook kan doorgetrokken worden naar consumentenkrediet.

(ii) Commerciële samenwerkingsovereenkomsten

135. Art. X.27 tot en met X.30 van het W.E.R. vervangen de oude artikelen 3 tot en met 5 van de Wet Precontractuele Informatie. Met uitzondering van enkele kleine aanpassingen zijn de regels identiek. Bij het aangaan van een commerciële samenwerkingsovereenkomst is de partij die het recht verleent (de sterke partij) verplicht om minstens 20 dagen voor het sluiten ervan een ontwerp van overeenkomst evenals een afzonderlijk informatiedocument te voorzien.²⁴¹ Dit afzonderlijk informatiedocument bevat vooreerst een luik met de “belangrijkste contractuele bepalingen”²⁴² (bv. het al dan niet intuitu personae-karakter, duurtijd, etc.), en daarnaast een luik met de “gegevens nodig voor een correcte beoordeling van de overeenkomst” (bv. de identiteitsgegevens van diegene die het recht verleent, financiële gegevens, etc.).²⁴³ Alles moet schriftelijk worden verstrekt. Het is duidelijk de bedoeling van de wetgever om de beschermde partij in staat te stellen zich met volle kennis van zaken te verbinden.²⁴⁴

136. Het sanctiemechanisme berust zoals bekend op de nietigverklaring van de overeenkomst. Art. X.30 W.E.R. modelleert de sanctie naargelang de aard van de tekortkoming aan de formaliteit. Wordt er helemaal geen

²⁴⁰ S. CLAEYS, “Precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten”, *NjW* 2006, (290) 306.

²⁴¹ Art. X.27 W.E.R.

²⁴² art. X.28, §1, 1° W.E.R.

²⁴³ art. X.28, §1, 2° W.E.R.

²⁴⁴ Kh. Hasselt 3 december 2010, *TBH* 2012, (328) 330, noot F. DANIS; Memorie van Toelichting Wet betreffende precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, *Parl. St. Kamer*, 2004-2005, nr. 51-1678/001, 3.

ontwerpovereenkomst of afzonderlijk informatiedocument verstrekt of te laat verstrekt, dan zal de overeenkomst geheel nietig worden verklaard. Wordt er wel een afzonderlijk document verstrekt maar ontbreken daarin de gegevens aangemerkt als belangrijke contractuele bepalingen, dan zullen de desbetreffende bepalingen die alsnog worden opgenomen in de overeenkomst zelf nietig worden verklaard. Het laatste luik omvat de twee resterende gevallen: de situatie waarin zogenaamde gegevens voor de juiste beoordeling ontbreken, en de situatie waarin belangrijke contractuele bepalingen wel zijn opgenomen maar onjuist of onvolledig zijn. In deze laatste twee situaties kan de rechthebbende zich volgens de wet beroepen op het gemeen recht inzake wilsgebreken.

Loi Doubin en Franse rechtspraak

137. In België wordt vooralsnog aanvaard dat de loutere tekortkoming aan de bovenvermelde formaliteiten inzake commerciële samenwerkingsovereenkomsten automatisch zal leiden tot de nietigverklaring, zonder meer.²⁴⁵ Nochtans kan het ook anders. De Franse *Loi Doubin*²⁴⁶, die als expliciete inspiratiebron diende voor de Wet Precontractuele Informatie, is zeer gelijkaardig aan de Belgische regels in elk opzicht behalve één: het sanctiemechanisme. In Frankrijk zal een tekortkoming aan de informatieplichten uit de *Loi Doubin* enkel leiden tot nietigheid van overeenkomst indien de tekortkoming aanleiding geeft tot een wilsgebrek.²⁴⁷ Een louter formele schending zal dus niet voldoende zijn om de overeenkomst nietig te laten verklaren, indien de beschermde partij wel degelijk voldoende geïnformeerd was ondanks het ontbreken van vermeldingen of documenten. Deze sanctionering via de wilsgebreken wordt niet door de wet zelf voorgeschreven maar is ontwikkeld door de Franse rechtspraak, die zich net heeft willen behoeden voor de

²⁴⁵ bv. Kh. Charleroi 16 januari 2009, DAOR 2014, 81-88, noot S. CLAEYS.

²⁴⁶ Wet n° 89-1008 van 31 december 1989 "relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social", www.legifrance.fr. Opgenomen in art. 330-3 Code de Commerce. Voor het gemak blijven we hierna spreken over de Loi Doubin.

²⁴⁷ S. CLAEYS, "Precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten", *NjW* 2006, (290) 304.

automatische nietigverklaringen zoals die bij ons aanvaard worden. Hoe combineert men in Frankrijk de wettelijke regeling met de theorie van de wilsgebreken? En kan deze rechtspraak dienen als inspiratie voor België?

138. In een arrest uit 1998 stelt het Franse Hof van Cassatie dat het louter niet verstrekken van een ontwerpovereenkomst niet voldoende is om een samenwerkingsovereenkomst te vernietigen.²⁴⁸ Het verbroken arrest van het Hof van Beroep steunt haar beslissing tot nietigverklaring op het ontbreken van de ontwerpovereenkomst die verstrekt had moeten worden aan verschillende rechtsverkrijgers. De cassatierechter oordeelt dat dit geen afdoende basis is voor de beslissing. De rechter moet volgens het Hof immers ook nagaan of de tekortkoming ervoor heeft gezorgd dat de toestemming van de rechtsverkrijger aangetast is. Hiermee is duidelijk dat de schending van een formaliteit gesanctioneerd wordt via de wilsgebreken. Maar wat met de bescherming van de zwakke partij? Als het hierbij blijft, zal die bescherming vrij beperkt blijven. De zwakke partij zal namelijk nog steeds zelf moeten bewijzen dat haar toestemming is aangetast door het gebrek aan informatie die de schending van de formaliteit met zich meebrengt. In deze situatie kunnen we moeilijk zeggen dat de positie van de zwakke partij voldoende versterkt is.

139. Een ander Frans cassatiearrest kan hiervoor mogelijk de nodige aanvulling bieden. Zo besliste het Hof dat het niet aan de rechtsverkrijger is om te bewijzen dat zijn toestemming is aangetast, maar aan de rechtsverlener om te bewijzen dat de toestemming gevormd is zonder enig wilsgebrek.²⁴⁹ Wanneer een formaliteit niet is vervuld en daardoor bepaalde informatie niet werd verstrekt, wordt dus vermoed dat er sprake is van dwaling in hoofde van de beschermde partij.²⁵⁰ Dat impliceert dat alle gegevens die de wet via de

²⁴⁸ Cass. (fr) 10 februari 1998, n° 95-21.906, www.dalloz.fr.

²⁴⁹ Cass. (fr) 4 februari 2004, n° 00-21.319, www.dalloz.fr.

²⁵⁰ S. CLAEYS, "Precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten", *NjW* 2006, (290) 304.

formaliteit wil overbrengen ook geacht worden essentieel te zijn voor het vormen van een volwaardige toestemming.²⁵¹

140. Toch is er geen reden voor vreugde. Het lijkt er immers op dat het Franse Hof van Cassatie na dit veelbelovende arrest alsnog een andere weg is ingeslagen. In haar arrest van 7 oktober 2014 stelt zij uitdrukkelijk dat het niet verstrekken van een ontwerpovereenkomst minstens 20 dagen voor het sluiten van de overeenkomst (m.a.w.: het verstrekken minder dan 20 dagen ervoor) geen vermoeden van dwaling inhoudt.²⁵² Ook in eerdere arresten stellen we vast dat het Hof eist van de beschermde partij dat zij zelf aantoont dat zij niet voldoende geïnformeerd was en de schending van de formaliteit aldus haar toestemming gebrekkig heeft gemaakt.²⁵³ Zowel het Hof van Beroep in Parijs als in Versailles volgden zeer recent nog eveneens die redenering.²⁵⁴

141. Deze zienswijze van het Franse Hof valt te betreuren. Een sanctionering via de wilsgebreken vermijdt dat een overeenkomst op louter formele basis vernietigd kan worden. Maar een beroep op de wilsgebreken zonder meer verandert weinig aan de positie van de zwakkere partij. De wet legt de verstrekking van bepaalde documenten en vermeldingen op, maar deze verplichting dreigt aan slagkracht te verliezen als het aan de beschermde partij is om aan te tonen dat het ontbreken van deze documenten een impact heeft gehad op de toestemming.²⁵⁵ Het bewijsrisico blijft immers rusten op de schouders van de zwakkere partij. Zo bestaat het gevaar dat de wet in sommige gevallen een te magere houvast is.

²⁵¹ S. CLAEYS, "Precontractuele fase: de informatieplichten en -documenten bij distributiecontracten", BHDR 2011, afl. 12, (9) 43.

²⁵² Cass. (fr) 7 oktober 2014, n° 13-23119, www.legifrance.fr.

²⁵³ Cass. (fr) 18 november 2008, n° 07-18599, www.legifrance.fr.

²⁵⁴ CA Parijs 7 januari 2015, n° 12/19741, www.legifrance.fr; CA Versailles 2 december 2014, n° 13/02289, www.legifrance.be.

²⁵⁵ Zo werd in Frankrijk recent een nietigheidsvorderingsvordering geweigerd ook al werd er geen enkel informatiedocument wat dan ook verstrekt. De vraag is dan of de wettelijke verplichting om deze documenten te verstrekken niet dode letter blijft. Zie: CA Lyon 10 februari 2015 13-07186, www.legifrance.fr.

142. Voor een oplossing in het Belgische recht kunnen we ons dus slechts gedeeltelijk laten inspireren door de Franse aanpak. De keuze voor de wilsgebreken verdient navolging. Zou dit eenvoudig kunnen verlopen? Allicht niet. Een belangrijk verschilpunt tussen de Franse en de Belgische wet inzake precontractuele informatie in commerciële samenwerkingsovereenkomsten is namelijk net het expliciet voorgeschreven karakter van de nietigheid. In de Franse *Loi Doubin* werd de nietigheid niet uitdrukkelijk voorgeschreven. Daardoor hadden de rechters wellicht ook meer bewegingsruimte om de theorie van de wilsgebreken in te passen. In België is de nietigheid, zoals beschreven, wel uitdrukkelijk voorgeschreven. Tijdens het ontstaan van de Wet Precontractuele Informatie hebben sommigen getracht de Franse rechtspraak omtrent de wilsgebreken in de wet te verankeren. Parlementsleden J. STEVERLYNCK en C. BROTCORNE hadden een amendement ingediend dat aansluiting zocht bij de Franse aanpak, en waarin geopperd werd dat de nietigheid voorgeschreven door de wet niet als een autonome nietigheidsgrond gezien zou mogen worden.²⁵⁶ Het is jammer dat dit amendement geen succes heeft gekend. Om de theorie van de wilsgebreken ingang te laten vinden, zou men er inderdaad beter voor kiezen de voorgeschreven nietigheid niet als autonoom te beschouwen. Bij de invoering van Boek X van het Wetboek Economisch Recht, waarvan sommige regels de Wet Precontractuele Informatie vervangen, heeft de wetgever nog een halfslachtige poging ondernomen om de theorie van de wilsgebreken deels te implementeren. De oorspronkelijke sanctionering in de Wet Precontractuele Informatie vatte immers niet elke mogelijke tekortkoming aan de formaliteiten.²⁵⁷ Er heerste onduidelijkheid over wat er moest gebeuren indien de zogenaamde “gegevens voor de juiste beoordeling” ontbraken, of indien de “belangrijke contractuele bepalingen” wel waren opgenomen maar onjuist of onvolledig waren. De wetgever besloot dan maar deze resterende gevallen, op advies van de Arbitragecommissie, te sanctioneren door te

²⁵⁶ Amendement 6 Wetsontwerp Wet betreffende precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, *Parl. St. Senaat*, 2005-2006, nr. 3-1292/2.

²⁵⁷ A. DE SCHOUTHEETE, O. VANDEN BERGHE, “Le Livre X du nouveau Code de droit économique – Les nouveautés en matière d’information précontractuelle”, *TBH* 2014, (739) 752-755.

verwijzen naar het gemeen recht inzake wilsgebreken.²⁵⁸ Deze nieuwe bepaling, vormgegeven in art. X.30, derde lid W.E.R. voegt echter niets toe aan het gemeen recht. Dat is ook net de tekortkoming van het Franse recht op dit vlak. Bovendien dreigt deze nieuwe bepaling het sanctiemechanisme van art. X.30 W.E.R. onnodig ingewikkeld te maken.²⁵⁹ Om tot een goed en logisch sanctiemechanisme te komen, moeten de wilsgebreken worden toegepast op alle soorten tekortkomingen aan formaliteiten.

Op vlak van de bewijslast verdient de Franse aanpak om bovenvermelde reden geen weerklank. Als de wetgever een effectieve en voelbare versterking van de positie van de zwakkere partij wil verwezenlijken, moet de wet de zwakke partij ook steunen op het vlak van de bewijslast. Alleen wanneer de wilsgebreken gecombineerd worden met het vermoeden van dwaling, zijn alle bekommernissen behandeld: de zwakke partij geniet een bijkomende bescherming in vergelijking met het gemeen recht, en de sterkere partij kan zich verweren tegen een overdreven sterke formaliteit. In elk geval geeft de Franse aanpak een goede eerste aanzet tot een aangepast sanctiemechanisme.

UNIDROIT Modelwet inzake franchising

143. In de UNIDROIT Modelwet inzake franchising vinden we een redenering die steun kan bieden aan het mechanisme van de wilsgebreken. Ook daar vinden we immers een sanctieregime dat een gelijkaardige flexibiliteit tracht te bereiken als het mechanisme van de wilsgebreken.

144. De UNIDROIT Modelwet uit 2002 heeft eenzelfde opbouw als de Belgische Wet Precontractuele Informatie uit 2005 en diens opvolger in Boek X W.E.R. Toch lijkt de Belgische wetgever zich blijkens de parlementaire voorbereiding enkel te inspireren op de Franse wet inzake commerciële

²⁵⁸ Arbitragecommissie, advies over de sancties bepaald in art. 5 van de wet van 19 december 2005 betreffende precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, 4 oktober 2011, nr. 2011/08, http://economie.fgov.be/nl/binaries/Avis_2011_08_tcm325-152795.pdf.

²⁵⁹zie A. DE SCHOUTHEETE, O. VANDEN BERGHE, "Le Livre X du nouveau Code de droit économique – Les nouveautés en matière d'information précontractuelle", *TBH* 2014, (739) 754.

samenwerkingsovereenkomsten. Het toepassingsgebied van de Belgische wet is dan ook breder dan enkel franchising en omvat alle vormen van commerciële samenwerkingsovereenkomsten.²⁶⁰

Net zoals de Wet Precontractuele Informatie en de regels uit Boek X van het W.E.R. voorziet de Modelwet in een verplichting van de sterkere partij om een (schriftelijk) informatiedocument te verstrekken.²⁶¹ Dat informatiedocument bevat een resem gegevens die de beschermde partij in staat moet stellen de overeenkomst grondig te beoordelen.²⁶² De gelijkens met de Belgische regeling is dan ook sterk. Het enige verschil is dat de relevante gegevens in de Modelwet meer zijn toegespitst op de franchisingovereenkomst en in de Belgische wet meer algemeen zijn.

145. Interessanter is echter het sanctiemechanisme in de Modelwet. Art. 8, (1) bepaalt dat *“the franchisee may [...] terminate the franchise agreement and/or claim against the franchisor for damages suffered from the conduct described in (A), (B) and (C)”*. De gevallen die beschreven staan onder (A), (B), en (C) van het artikel 8, (1) zijn respectievelijk de laattijdigheid van het informatiedocument, het onjuiste karakter, en het ontbreken van vereiste gegevens. De term “terminate” wordt gekozen om een zo neutraal mogelijke term te gebruiken, vermits “annulation” of “rescission” in verschillende landen verschillende betekenissen hebben.²⁶³ De opstellers van de Modelwet hadden niet de bedoeling om zich vast te pinnen op een specifieke sanctie. In België hebben wij gekozen voor de nietigheidssanctie. Tot daar is er weinig verschil met de Belgische regeling.

Maar art. 8 gaat daarna verder waar de Belgische wet stopt: *“[may terminate the agreement,] unless the franchisee had the information required to be disclosed*

²⁶⁰ S. CLAEYS, “Precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten”, *NjW* 2006, (290) 291-293.

²⁶¹ Art. 3 j° 4 Modelwet Franchising,
<http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>.

²⁶² Art. 6 Modelwet Franchising.

²⁶³ Verslag Model Franchise Disclosure Law, Rome, 2002, 40,
<http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>.

through other means, did not rely on the misrepresentation, or termination is a disproportionate remedy in the circumstances.” De Modelwet bouwt onmiddellijk flexibiliteit in. Deze flexibiliteit erkent dat de formaliteit op zich ondergeschikt is aan het uiteindelijke doel: de geïnformeerde toestemming van de franchisee. De franchisor zal kunnen aantonen dat de franchisee wel degelijk geïnformeerd was, of dat de franchisee niet heeft gesteund op de foute of ontbrekende informatie.

146. Het lijkt er alvast op dat het sanctiemechanisme uit de Modelwet meer gemeen heeft met de fundering op de wilsgebreken dan met de automatische nietigheidssanctie die vandaag lijkt te bestaan. De invalshoek is anders, maar het resultaat is uiteindelijk hetzelfde. Wanneer niet aan een formaliteit uit de Modelwet is voldaan, wordt de overeenkomst in principe vernietigd, tenzij de franchisor aantoont dat de toestemming niettemin volwaardig was. Bij het gebruik van de dwaling zal bij niet-naleving van een formaliteit het resultaat eveneens de vernietiging van de overeenkomst zijn, tenzij de franchisor bewijst dat er geen verkeerde voorstelling van zaken is geweest. De Modelwet is volgens mij zelfs nog iets flexibeler: het recht van de franchisee om de overeenkomst te “termineren” (cf. *terminate*) zal afhangen van de vraag of de ontbrekende informatie “material” was.²⁶⁴ De niet-naleving van de formaliteit moet dus betrekking hebben op informatie die van zodanig belang was dat de franchisee de overeenkomst niet zou gesloten hebben indien ze ervan op de hoogte was. Welke informatie van een dergelijk belang is, hangt af van de concrete voorliggende franchiseovereenkomst.²⁶⁵ De franchisor zou dus eigenlijk kunnen aantonen dat het in het concrete geval gaat over niet-essentiële informatie. Die mogelijkheid biedt zelfs nog meer soepelheid dan de voorgestelde fundering op de wilsgebreken: daarbij veronderstellen we immers dat de wettelijk verplichte informatie sowieso essentieel (“material”) is.²⁶⁶

Principles of European Contract Law

²⁶⁴ Verslag Model Franchise Disclosure Law, Rome, 2002, 42.

²⁶⁵ Verslag Model Franchise Disclosure Law, Rome, 2002, 42.

²⁶⁶ *supra*, randnr. 128.

147. Ook in de Principles of European Law is er uiteraard aandacht voor commerciële samenwerkingsovereenkomsten. Net zoals de Belgische wet en de Unidroit Modelwet bekommeren de Principles zich ook om de precontractuele informatie (o.a. inzake franchising).²⁶⁷ Dankzij de regeling in PEL wordt duidelijk dat we vormvereisten niet los kunnen zien van de materiële verplichtingen die eronder schuilen. In deze vaststelling vinden we eveneens steun voor de aanwending van de wilsgebreken als sanctiemechanisme.

148. De regels uit PEL hebben eveneens tot doel de beschermde partij alle nodige informatie te geven om zich met kennis van zaken te verbinden.²⁶⁸ De algemene regels inzake commerciële samenwerkingsovereenkomsten vereisen de verstrekking van precontractuele informatie nodig voor een correcte beoordeling van de overeenkomst, een bewoording die ons herinnert aan de Belgische regels.²⁶⁹ Op het vlak van franchising wordt er een lijst voorzien met specifieke gegevens die we eveneens terugvinden in de Belgische wet.²⁷⁰ Zowel bij de algemene als de specifieke regels is de sanctie dezelfde: de overeenkomst die tot stand is gekomen in strijd met de informatieplichten is vernietigbaar op grond van een wilsgebrek. Daarvoor wordt verwezen naar de algemene regels inzake dwaling (en bedrog).²⁷¹ Art. 1:201, (3) PEL schrijft voor: *“If a party’s failure to comply with Paragraph 1 [de informatieplichten] leads the other party to conclude a contract when the first party knew or could reasonably be expected to have known that the other party, had it been provided with adequate and timely information, would not have entered the contract, or would have entered the contract only on fundamentally different terms, the remedies for mistake under PECL Chapter 4 apply.”* In de regels over franchising luidt art. 3:102, (2): *“If the franchisor’s non-compliance with Paragraph 1 [de informatieplichten] does not*

²⁶⁷ M. HESSELINK et al., *PEL Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2006, 103-106; 215-220

²⁶⁸ M. HESSELINK et al., *PEL Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2006, 103.

²⁶⁹ Art. 1:201 PEL, vergelijk met art. X.28, §1, 2° W.E.R.

²⁷⁰ Art. 3:102 PEL, vergelijk met art. X.28, §1, 1° W.E.R.

²⁷¹ M. HESSELINK et al., *PEL Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2006, 104-105.

give rise to a fundamental mistake under art. 4:103 PECL, the franchisee may recover damages in accordance with art. 4:117(2) and (3) PECL”.

149. De vermelde regels gebruiken dus de theorie van de wilsgebreken als sanctiemechanisme. Natuurlijk is het duidelijk dat deze regels enkel materiële informatieplichten opleggen. Er worden geen vormvereisten genoemd, maar de auteurs stellen vast dit in sommige landen wel zo is.²⁷² De koppeling van precontractuele informatieplichten aan wilsgebreken is volstrekt logisch. De vraag rijst of de eventuele formaliteiten die we daaraan koppelen van aard kunnen zijn dit sanctieregime te overstemmen, of dat formaliteiten dit sanctieregime moeten volgen. Als we aannemen dat formaliteiten inderdaad enkel in functie staan van de onderliggende materiële verplichtingen, dan moet ook de sanctionering van de formaliteiten hieraan aangepast zijn. De automatische nietigheid gekoppeld aan de formaliteiten zet de sanctionering van de informatieplichten zelf eigenlijk buitenspel. Dit zou betekenen dat de formaliteiten op zich belangrijker zijn dan hun finaliteit: de materiële verplichtingen versterken.

(iii) Consumentenkrediet

150. De mogelijkheid van de sanctionering van formaliteiten op grond van de theorie van de wilsgebreken lijkt in de rechtsleer vooral te zijn bekeken vanuit het domein van de commerciële samenwerkingsovereenkomsten. De vraag rijst nu of we deze discussie niet evenzeer hadden kunnen voeren met betrekking tot andere soorten overeenkomsten voorzien van gelijkaardige formaliteiten, zoals het consumentenkrediet. Kunnen de geschetste aanpak niet gewoon toepassen op alle dergelijke overeenkomsten? De betrachting is inderdaad om afstand te nemen van al te specifieke ingrepen met beperkte draagwijdte en een algemeen toepasbare oplossing te vinden gebaseerd op gemeenrechtelijke principes.

²⁷² M. HESSELINK et al., *PEL Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2006, 220.

151. Een preliminaire opmerking betreft de relevantie van de bespreking van de nietigheid met betrekking tot formaliteiten in consumentenkredieten. De lezer kan zich de vraag stellen of het wel relevant is om dit mechanisme toe te passen op het consumentenkrediet, omdat de nietigheid van de kredietovereenkomst zelden wordt toegepast. Inderdaad zal de rechter meestal niet de nietigheid uitspreken van de overeenkomst, maar kiezen voor de vermindering van de verplichtingen van de consument. De nietigheid kan immers net negatieve gevolgen hebben voor de consument, die o.g.v. de restitutieplichten plots het volledige kredietbedrag zou moeten terugbetalen. Niettemin is het volgens mij relevant om het consumentenkrediet bij de analyse te betrekken, om verscheidene redenen. Ten eerste is de nietigverklaring niet noodzakelijk altijd een ongunstige oplossing voor de consument, en wordt de nietigheid van de kredietovereenkomst in sommige gevallen wel degelijk uitgesproken.²⁷³ Ten tweede kan de rechter volgens sommige rechtsgeleerden de restitutieplichtingen van partijen beperken, waardoor het negatieve effect geneutraliseerd kan worden.²⁷⁴ Ten derde heeft de wetgever in de loop van de verschillende hervormingen van de Wet Consumentenkrediet en de recente invoering van het Wetboek Economisch Recht de uitdrukkelijke nietigheidssanctie telkens ongemoeid gelaten, wat erop wijst dat de sanctie wel degelijk behouden dient te blijven en relevant is. Ten slotte wijzen we erop dat we het consumentenkrediet gebruiken als voorbeeld, maar het achterliggende opzet is in het algemeen overeenkomsten waar een uitdrukkelijke nietigheidssanctie is bepaald te omvatten.

152. Het sanctiemechanisme van het consumentenkrediet is ons bekend. Art. VII.78 W.E.R. legt de verplichting op om in de kredietovereenkomst bepaalde vermeldingen te maken die de consument terdege moeten informeren. Art. VII.195 W.E.R. bepaalt dat indien deze vermeldingen niet worden voorzien, de

²⁷³ Zie bv. Vred. Kapellen 18 september 2002, *T. Vred.* 2003, 216-219, noot R. STEENNOT.

²⁷⁴ Er moet wel opgemerkt worden dat er geen eensgezindheid bestaat over de vraag of het adagium de rechter in staat stelt restitutieplichtingen te beperken in geval van relatieve nietigheid, zoals bij consumentenkredieten. Sommige rechtsleer is alvast wel die mening toegedaan, zie: S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in J. SMITS, S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, (225) 254-256.

rechter de overeenkomst nietig verklaart of de verplichtingen van de consument vermindert. Bij andere verplichte vermeldingen uit art. VII.78 kan de rechter een gelijkaardige maatregel nemen, maar is hij daar niet toe verplicht. Deze regels uit het Wetboek Economisch Recht, die sinds 1 april 2015 in werking zijn getreden, zijn op dit vlak identiek aan de regels uit de vroegere Wet Consumentenkrediet. De zienswijze dat de nietigheidssanctie uit art. 86 WCK een automatisch toe te passen nietigheid is, kan dus worden doorgetrokken naar art. VII.195 W.E.R.

153. Het behoeft geen uitleg dat het ook hier duidelijk de bedoeling is geweest de consument-kredietnemer adequaat te informeren zodat hij met kennis van zake kan toestemmen tot de kredietovereenkomst.²⁷⁵ In principe kunnen we de theorie van de wilsgebreken dan ook perfect toepassen op formaliteiten in consumentenkredieten. Maar toch kunnen er *prima facie* een aantal bezwaren worden opgeworpen. Welke verschillen met de commerciële samenwerkingsovereenkomst zouden eventueel een andere aanpak verantwoorden?

154. Het meest voor de hand liggende verschil is uiteraard de hoedanigheid van de beschermde partij. Terwijl in commerciële samenwerkingsovereenkomsten een professional tegenover een andere (sterkere) professional staat, zal het in een kredietovereenkomst een (veel zwakkere) onwetende consument zijn die zich tegenover een (veel sterkere) professional bevindt. Het machtsonevenwicht is in dit laatste geval met andere woorden nog groter. De beschermde partij in een commerciële samenwerkingsovereenkomst heeft ten minste nog enige professionele weerbaarheid, terwijl de consument-kredietnemer een vogel voor de kat is. Deze grotere ongelijk zou misschien kunnen rechtvaardigen dat de nietigheidssanctie in het consumentenkrediet genadeloos is voor de kredietgever.

155. Toch hoeft het flexibele sanctiemechanisme op grond van de wilsgebreken geen disproportioneel nadeel in te houden voor de consument-

²⁷⁵ H. KÖTZ, *Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Oxford, Clarendon Press, 2002, 81.

kredietnemer. De rechter kan in de concrete beoordeling immers rekening houden met de hoedanigheid van de beschermde partij. Eens het vermoeden van dwaling speelt, is het aan de sterkere partij om dat vermoeden te weerleggen. De sterkere partij moet aantonen dat de zwakke partij wel degelijk goed geïnformeerd was. We zouden kunnen aannemen dat het moeilijker wordt voor de sterke partij om dit hard te maken naargelang de hoedanigheid van haar tegenpartij verandert. Eenzelfde omstandigheid zou kunnen betekenen dat een professionele zwakke partij geacht wordt te zijn geïnformeerd, terwijl dit voor een totaal onwetende consument nog niet voldoende is. Die consument zal veel uitdrukkelijker, veel duidelijker en nog actiever moeten zijn ingelicht. Of een partij afdoende heeft aangetoond dat haar zwakkere tegenpartij wel degelijk voldoende is ingelicht, is een beoordeling die de rechter uiteindelijk zelf maakt. De rechter kan in die beoordeling terughoudender zijn wanneer het gaat om een consument. Het verschil in hoedanigheid en de relatief grotere nood aan bescherming vormen dus geen obstakels voor de toepassing van het flexibele sanctiemechanisme.

156. Een tweede bezwaar snijdt op het eerste zicht wel hout en heeft betrekking op de doelstelling van de formaliteiten. In zowel commerciële overeenkomsten als consumentenkredietovereenkomsten hebben de formaliteiten tot doel de beschermde partij een geïnformeerde toestemming te laten geven. Maar met betrekking tot consumentenkredieten komt daar nog een tweede, maar minder benadrukte doelstelling bij. De formele informatieplichten hebben ook als oogmerk de aanbiedingen van verschillende kredietverleners uit de E.U. makkelijk met elkaar vergelijkbaar te maken voor de consument.²⁷⁶ Om goed vergelijkbaar te zijn, is er nu eenmaal uniformering nodig. De strenge, automatische nietigheidssanctie waakt over deze uniformering.

Maar ook dit argument houdt uiteindelijk geen stand. Ten eerste kan men moeilijk beweren dat het doel van de vergelijkbaarheid het doel van de

²⁷⁶ Overweging 19 Richtlijn Europese Raad en de Raad nr. 2008/48, 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad, *Pb. L.* 22 mei 2008, afl. 133, 66.

geïnformeerde toestemming volledig overschaduwet. De hoofdbekommernis is nog steeds het contracteren met kennis van zaken. Verschillende aanbiedingen doorheen de E.U. kunnen vergelijken is hier een deel van, maar ook niet meer dan dat. Het valt trouwens sterk te betwijfelen dat consumenten massaal kredietovereenkomsten willen afsluiten met buitenlandse kredietverleners. Ten tweede wordt de nietigheidssanctie in consumentenkredieten vaak niet toegepast in de praktijk omdat dit een zeer nadelig effect kan hebben op sommige kredietnemers, met name de kredietnemer die betalingsmoeilijkheden ondervindt. In geval van nietigheid moet de kredietnemer immers al het geleende geld in één klap terugbetalen.²⁷⁷ Daaruit kunnen we afleiden dat de rechter deze uniformering terecht volledig ondergeschikt acht aan de concrete situatie van de kredietnemer.

157. Concluderend kan gesteld worden dat de weg in principe open ligt om het voorgestelde sanctiemechanisme, het vermoeden van dwaling, ook te transponeren naar het consumentenkrediet. Hoewel het sterk overdreven formalisme in het consumentenkrediet de laatste jaren werd gemilderd, zou met dit sanctiemechanisme de laatste nodige stap gezet kunnen worden naar rechtvaardige flexibilisering. Deze nieuwe aanpak zou alleszins blijk geven van het belangrijke inzicht dat formaliteiten functioneel benaderd moeten worden, en ondergeschikt zijn aan de materiële doelstellingen die ze nastreven. Dat is in het consumentenkrediet niet anders.

C. Analogie met procesrechtelijke nietigheidsleer

158. De laatste manier om de nietigheidssanctie te flexibiliseren die in dit werk besproken wordt is een meer exotische piste. We maken een gedachteoefening waarbij we onderzoeken of de nietigheidsleer in het burgerlijk procesrecht ons iets kan leren over de nietigheidsleer in het verbintenissenrecht. Eerst schetsen we het mechanisme van de procesrechtelijke nietigheden. Daarna maken we op verschillende punten de vergelijking met de nietigheid in het

²⁷⁷ De overeenkomst is dan immers vernietigd en leidt in principe tot volledige restitutie.

verbintenissenrecht: waar liggen de parallellen, en waar de grootste verschillen? Tot slot behandelen we enkele concrete voorbeelden van analoge situaties in de beide rechtstakken.

(i) De nietigheidsleer in het burgerlijk procesrecht

159. De nietigheidsleer in het burgerlijk procesrecht wordt exhaustief geregeld in de artikelen 860 tot en met 867 van het Gerechtelijk Wetboek.²⁷⁸ Deze regelen hebben betrekking op de excepties van nietigheid, gericht tegen proceshandelingen. Daarmee is ook onmiddellijk het toepassingsgebied van de nietigheidsregeling afgebakend. Het toepassingsgebied beperkt zich namelijk tot de vormvoorschriften van “proceshandelingen”. Het begrip “proceshandeling” wordt ruim ingevuld: elke handeling waardoor het geding wordt ingeleid of voortgezet, of waardoor een vonnis of een andere uitvoerbare titel ten uitvoer wordt gelegd, wordt beschouwd als proceshandeling.²⁷⁹ Wanneer een proceshandeling een onregelmatigheid vertoont of een vormvereiste schendt, wordt zij het voorwerp van een toetsing in 4 stadia. Eerst wordt nagegaan of de vormvereiste op straffe van nietigheid is voorgeschreven. Vervolgens onderzoekt de rechter de aanwezigheid van belangenschade in hoofde van de eiser van de nietigheid. Daarna wordt de toets van het normdoel doorgevoerd. Ten slotte bekijkt de rechter of de nietigheidssanctie proportioneel is.

160. De eerste toets is de legaliteitstoets op grond van art. 860 Ger W. De nietigheidssanctie wegens vormverzuim moet uitdrukkelijk door de wet zijn voorgeschreven. Vormvereisten die niet expliciet gesanctioneerd worden met de nietigheid, kunnen niet nietig worden verklaard. In het procesrecht houdt men vast aan het principe “*pas de nullité sans texte*”.²⁸⁰ Zo moet het dagvaardingsexploot op straffe van nietigheid een aantal vermeldingen bevatten

²⁷⁸ De dekking van nietigheden door het niet tijdig inroepen ervan, zoals geregeld in art. 864 Ger. W., worden voor deze korte bespreking buiten beschouwing gelaten.

²⁷⁹ M. CASTERMANS, *Gerechtelijk Privaatrecht*, Gent, Story, 2009, 471.

²⁸⁰ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 135.

omtrent de woonplaats van partijen en de inhoud van de vordering.²⁸¹ Maar de betekening van een akte aan een minderjarige jonger dan 16 jaar kan, bij gebreke aan expliciete bepaling, niet gesanctioneerd worden met de nietigheid.²⁸²

161. Art. 861 legt in een tweede stadium de toets van de belangenschade op. Een partij zal zich maar succesvol kunnen beroepen op de nietigheid indien zij kan aantonen dat haar belangen zijn geschaad door de niet-naleving van de pleegvorm. Deze toets ontnemt aan de nietigheidssanctie haar automatisch karakter: alleen wanneer de partij daadwerkelijk een concreet nadeel heeft geleden zal de nietigheid gewenst zijn.²⁸³ Dit nadeel wordt vaak omschreven als de moeilijkheid die een partij ondervindt om haar rechten van verdediging te laten gelden ten gevolge van de ingeroepen schending.²⁸⁴ De vereiste van belangenschade is volgens sommigen een afspiegeling van het gemeen schadevergoedingsrecht, waar de eisende partij uiteraard ook het bestaan van schade en causaal verband met de fout moet aantonen.²⁸⁵ Ook in het procesrecht ligt de bewijslast bij de partij die de nietigheid inroept: zij zal moeten bewijzen dat er belangenschade is, en dat deze in causaal verband staat met het vormverzuim. Daarnaast wordt deze vereiste ook teruggeleid tot de regel in art. 17 Ger. W., die stelt dat een rechtsvordering niet kan worden toegelaten indien de eiser geen belang heeft om ze in te dienen.²⁸⁶ Art. 862 bevat beperkte lijst van formaliteiten waarbij geen belangenschade moet worden aangetoond indien ze geschonden worden. Het gaat bijvoorbeeld om de ondertekening van een akte²⁸⁷ of de aanwijzing van de rechter die van de zaak kennis moet nemen.²⁸⁸

162. Nadat de *excipiens* belangenschade heeft aangetoond, wordt er via art. 867 Ger. W. een derde correctie doorgevoerd. Er zal geen sprake zijn van

²⁸¹ Art. 702 Ger. W.

²⁸² Art. 35, derde lid Ger. W.

²⁸³ B. DECONINCK, "Art. 861" in *Comm.Ger.*, IV, Antwerpen, Kluwer, 2009, 163.

²⁸⁴ G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 60; M. CASTERMANS, *Gerechtigd Privaatrecht*, Gent, Story, 2009, 175.

²⁸⁵ B. DECONINCK, "Art. 861" in *Comm.Ger.*, IV, Antwerpen, Kluwer, 2009, 164.

²⁸⁶ M. CASTERMANS, *Gerechtigd Privaatrecht*, Gent, Story, 2009, 174.

²⁸⁷ Art. 861, 2° Ger. W.

²⁸⁸ Art. 861, 4° Ger. W.

nietigheid indien, ondanks de schending van de formaliteit, het normdoel van de geschonden regel is bereikt. Het criterium van het normdoel is opnieuw een manier om de nietigheid tegen te houden waar zij eigenlijk niet nodig is en om misbruik door een partij te voorkomen. Indien het doel dat de wetgever voor ogen had bij het stellen van de regel is bereikt, wordt de nietigheid afgewend. Naast het algemeen doel van het procesrecht gelegen in de behoorlijke procesvoering, heeft elke vormregel een specifieke finaliteit.²⁸⁹ Zo is de inhoud van een dagvaardingsexploot gedetailleerd door de wetgever voorgeschreven op straffe van nietigheid. De bedoeling is de toekomstige verweerder die de dagvaarding krijgt volledig, correct en tijdig op de hoogte te brengen van zijn situatie.²⁹⁰ Zo kan hij zijn verweer beginnen organiseren. Het criterium van het normdoel ligt vaak zeer dicht bij het criterium van de belangenschade.²⁹¹ Als een partij in haar belangen is geschaad omdat zij haar verdediging moeilijker kan organiseren, dan is in vele gevallen inderdaad ook het normdoel - zijnde het informeren van de partij zodat zij zich degelijk kan verweren - niet bereikt. Het onderscheid tussen beiden wordt gemaakt door de belangenschade te zien als een subjectief criterium, en het normdoel als een objectief criterium.²⁹² Ook de bewijslast ligt anders: de *excipiens* moet bewijzen dat hij belangenschade heeft geleden, maar het is aan de verweerder om te bewijzen dat niettemin het normdoel is bereikt.²⁹³ Ondanks het moeilijke onderscheid houdt men vast aan de dubbele en onderscheiden vaststelling van belangenschade én miskennis van het normdoel.²⁹⁴ In de rechtspraak zijn er inderdaad gevallen waarbij het

²⁸⁹ R. DE CORTE, J. LAENENS, P. Taelman, K. Broeckx, "van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht" in W. VAN GERVEN, P. VAN ORSHOVEN et al., *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, Deurne, Story, 1995, (45) 61-62.

²⁹⁰ R. DE CORTE et al., "Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht" in W. VAN GERVEN, P. VAN ORSHOVEN et al., *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, Deurne, Story, 1995, (45) 64.

²⁹¹ G. DELVOIE, "De nieuwe nietigheidsregeling van de artikelen 860 e.v. Ger. W.", *TBBR* 1993, 43.

²⁹² J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, P., THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 136; B. DECONINCK, "art. 861" in *Comm.Ger.*, IV, Antwerpen, Kluwer, 2009, 163.

²⁹³ B. VAN DEN BERGH, "Heiligt het doel de middelen? Over het normdoel als toetssteen voor procesrechtelijke nietigheidssancties", *RW* 2014-2015, (663) 667, noot onder Cass. 9 januari 2014.

²⁹⁴ Bv. Cass. 27 december 2013, *NjW* 2014, 125.

ene criterium niet vervuld wordt geacht, terwijl het andere criterium wel vervuld zou zijn.²⁹⁵

163. Tot slot wordt de proportionaliteit van de nietigheidssanctie onderzocht. Zelfs als het normdoel niet werd bereikt, moet de rechter nog steeds een belangenafweging maken. De nietigheidssanctie zal alleen kunnen worden toegepast indien ze geen kennelijk onredelijke gevolgen met zich meebrengt in vergelijking met het gestelde normdoel.²⁹⁶

(ii) Verschillen en parallellen met het verbintenissenrecht

164. Onmiddellijk is duidelijk dat het nietigheidsmechanisme uit het Gerechtelijk Wetboek op enkele belangrijke punten verschilt van de nietigheid in het verbintenissenrecht. Maar is er dan geen enkele conceptuele toenadering mogelijk tussen de beide figuren? Hieronder zal blijken dat de logica achter de processuele nietigheid helemaal niet zo exotisch klinkt voor het verbintenissenrecht als op het eerste zicht lijkt.

165. Uiteraard is het toepassingsgebied van beide nietigheden totaal verschillend. In het procesrecht gaat het om proceshandelingen, in het verbintenissenrecht om verbintenissen. Daarnaast is het legaliteitsprincipe het meest opvallende verschil. De processuele nietigheid moet uitdrukkelijk voorgeschreven zijn. De nietigheidssanctie in het verbintenissenrecht kan, maar moet niet, uitdrukkelijk voorzien zijn. De greep van de processuele nietigheid is dus al van in het begin veel beperkter dan haar tegenhanger in het verbintenissenrecht.

²⁹⁵ Bv. Antwerpen 2 december 2009, *RW* 2010-11, 1477-1478. Het Hof van Beroep meende dat het normdoel niet was vervuld, maar dat de *excipiens* geen belangenschade had geleden. Opvallend is dat indien er geen belangenschade voor handen was, het eigenlijk ook niet nodig was de vervulling van het normdoel na te gaan.

²⁹⁶ R. DE CORTE et al., "Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht" in W. VAN GERVEN, P. VAN ORSHOVEN et al., *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, Deurne, Story, 1995, (45) 80.

166. Wat betreft de vereiste van belangenschade is er een raakvlak te vinden. Indien in het verbintenissenrecht de nietigheidssanctie niet uitdrukkelijk is voorgeschreven, zal de partij die de nietigheid vraagt moeten bewijzen dat zij belangenschade heeft geleden als gevolg van de schending van de formaliteit. Dat is evenzeer zo bij de processuele nietigheid en de vereiste van belangenschade. In het geval van een expliciet voorgeschreven, automatische nietigheid moet de eisende partij echter geen schade aantonen. Door de schending van de formaliteit wordt verondersteld dat de materiële regel eronder ook geschonden is en dat de beschermde partij hierdoor nadeel heeft geleden.²⁹⁷

167. Een frappant verschil tussen de processuele en verbintenisrechtelijke nietigheid is volgens mij de relatie tussen belangenschade en normdoel. In het procesrecht vindt er een ontubbeling plaats tussen deze twee begrippen. Zij zijn als het ware twee kanten van eenzelfde medaille, doch onderscheiden criteria: de subjectieve belangenschade versus het objectieve normdoel. Bijgevolg is het theoretisch mogelijk dat zelfs in geval van belangenschade de nietigheid niet wordt uitgesproken omdat het normdoel bereikt is. Die “extra correctie” van de nietigheid bestaat niet in het verbintenissenrecht. Daar is er geen ontubbeling. Bij de expliciete nietigheid is het niet nodig schade aan te tonen vermits dit wordt verondersteld. Het feit dat het doel van de wet desondanks is bereikt, heeft geen enkele impact.²⁹⁸ De twee aspecten zijn een en hetzelfde - een constatacie die men volgens sommigen ook beter in het procesrecht zou maken.²⁹⁹

168. Hoewel de vergelijking niet evident lijkt, is de basisredenering achter de procesrechtelijke nietigheidsleer helemaal niet zo incompatibel met de verbintenisrechtelijke nietigheid als men zou denken. De procesrechtelijke nietigheidsleer werd uitgewerkt om het gezond verstand te laten prevaleren bij het opleggen en sanctioneren van formaliteiten. Dit gezond verstand impliceert

²⁹⁷ H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel, mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 444.

²⁹⁸ Cass. 7 december 2006, *T. Vred* 2007, 410-413, noot F. DE PATOUL

²⁹⁹ G. DELVOIE, “De nieuwe nietigheidsregeling van de artikelen 860 e.v. Ger. W.”, *TBBR* 1993, 42-43. De auteur bekritiseert de ontubbeling en stelt dat de vervulling van het ene criterium logischerwijze de vervulling van het andere impliceert.

dat afwijkingen van formaliteiten zonder een (significante) impact op de belangen van partijen en het procesverloop, niet met grof geschut moeten worden bestookt. De absolute rechtszekerheid moet wijken voor een rechtvaardige afweging van belangen. Het kan niet de bedoeling zijn een volledige procedure in de prullenmand te gooien wanneer deze procedure geen ernstige schending van belangen heeft laten bestaan en alle bekommernissen van de wetgever voldoende in acht zijn genomen. Formaliteiten hebben geen waarde op zich; zij hebben enkel waarde in de mate waarin hun gebruik leidt tot verwezenlijking van het door de wetgever vooropgestelde doel.³⁰⁰ Deze redenering kan perfect worden toegepast op formaliteiten in overeenkomsten. De formaliteiten zoals we ze in deze masterproef besproken hebben moeten functioneel benaderd worden. Zij hebben maar waarde in de mate dat ze de onderliggende materiële waarden dienen: de verstrekking van informatie zodat de beschermde partij een volwaardige toestemming kan geven. Het kan niet de bedoeling zijn om een volledige overeenkomst in de prullenmand te gooien wanneer bij de totstandkoming van de overeenkomst geen ernstige schending van belangen heeft plaatsgevonden en alle bekommernissen van de wetgever eigenlijk zijn gerespecteerd. In het verleden werd reeds verdedigd dat de vergelijking tussen processuele en andere nietigheden geen hout snijdt omdat vormregels in beide rechtstakken een volledig verschillende *ratio legis* zouden hebben.³⁰¹ Dit betoog gaat daar niet over. Het gaat over de ratio achter het nietigheidsmechanisme in het algemeen, los van specifieke regels: vormvereisten bestaan niet omwille van zichzelf, en kunnen dus ook niet omwille van zichzelf gesanctioneerd worden. Dat is al zo in het procesrecht. Maar ook in het verbintenissenrecht moet het gezond verstand prevaleren, en moet de nietigheid niet zomaar worden toegepast. De specifieke ratio achter de verschillende

³⁰⁰ R. DE CORTE et al., "Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht" in W. VAN GERVEN, P. VAN ORSHOVEN et al., *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, Deurne, Story, 1995, (45) 55-60.

³⁰¹ Bv. C. DE BUSSCHERE, "Het Grondwettelijk Hof, het notariaat, de notariële akten en de nietigheden bij inbreuken op vormvoorschriften "*ad validitatem*" van sommige notariële akten" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 109/2008), *RGDC* 2009, (183) 187-189. Oud art. 68 Ventôsewet schreef bepaalde formaliteiten voor bij notariële akten, waarvan de nietigheid niet kan geredieerd worden op basis van het bereiken van het normdoel. Authentieke akten die onder art. 867 Ger. W. vallen, kunnen op die basis wel aan nietigheid ontsnappen. In het arrest oordeelde het Grondwettelijk Hof dat er geen sprake was van schending van art. 10-11 Gw.

formaliteiten mag dan wel verschillen, maar de ratio achter de sanctionering is perfect compatibel.

(iii) Mogelijke analogieën – voorbeelden

169. Ten uitgeleide bespreken we kort enkele voorbeelden om te illustreren hoe de redenering van de procesrechtelijke nietigheidsleer met enige goede wil ook toegepast zou kunnen worden op de verbintenisrechtelijke nietigheid.

170. Art. 702 Ger. W. schrijft op straffe van nietigheid voor dat in het dagvaardingsexploot enkele vermeldingen moeten worden opgenomen. Het gaat om de identiteit en de woonplaats van de eiser, van de gedaagde, het onderwerp en een korte samenvatting van de middelen van de vordering, de rechter voor wie men moet verschijnen en de plaats en tijdstip van de terechtzitting. Deze elementen maken eigenlijk het voorwerp uit van een informatieverplichting van de eiser tegenover de verweerder. Het doel van deze verplichte vermeldingen is de toekomstige verweerder volledig, correct en tijdig van de procesverhouding op de hoogte brengen.³⁰² Zodoende kan hij zijn verweer organiseren. Als bijvoorbeeld het onderwerp en de samenvatting van de vordering ontbreekt of alleszins onvolledig is, kan de verweerder in principe het dagvaardingsexploot nietig laten verklaren. Door het ontbreken van een deel van het onderwerp van de vordering is de verweerder immers niet voldoende geïnformeerd over zijn situatie. Hij kan daarom zijn verweer niet terdege organiseren. Maar als de eiser bij zijn eerste conclusie de nodige opheldering verschaft waardoor de verweerder perfect weet waartegen hij zich zal moeten verdedigen in zijn eigen eerste conclusie, kan men moeilijk volhouden dat de belangen van de verweerder geschaad zijn.³⁰³ De verweerder is immers alsnog op tijd en voldoende geïnformeerd. Wanneer in een commerciële samenwerkingsovereenkomst een informatiedocument wordt verstrekt, maar

³⁰² R. DE CORTE et al., "Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht" in W. VAN GERVEN, P. VAN ORSHOVEN et al., *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, Deurne, Story, 1995, (45) 64.

³⁰³ K. WAGNER, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2014, 170-171.

enkele van de verplichte gegevens uit art. X.28, §1, 1° W.E.R. daarin ontbreken, dan wordt dit bestraft met de nietigheid. Als de partij die de informatie moet krijgen alsnog wordt ingelicht over deze ontbrekende gegevens op een andere manier, en zij uiteindelijk alle nodige informatie ter beschikking heeft op het moment van de contractsluiting, kan moeilijk worden verdedigd dat de nietigheidssanctie nog gerechtvaardigd is. De partij is immers voldoende geïnformeerd, en heeft geen enkel nadeel geleden.

171. Een andere mogelijke analogie bestaat met betrekking tot de dagvaardingstermijn. Art. 700 Ger. W. schrijft voor dat een dagvaardingstermijn van 8 dagen in acht moet worden genomen. Volgens art. 710 Ger. W. is deze termijn voorgeschreven op straffe van nietigheid. Er is geen belangschade vereist.³⁰⁴ We nemen aan dat de bedoeling van deze termijn er niet alleen in bestaat de verschijning van de partij mogelijk te maken, maar ook de partij een redelijke beraad- en bedenktijd te geven.³⁰⁵ Indien deze dagvaardingstermijn niet werd gerespecteerd, kan dit bestraft worden met de nietigheid. Maar wat als de gedaagde partij toch op de inleidende zitting verschijnt, en bovendien blijkt dat hij ondanks de kortere termijn (bv. 7 dagen in plaats 8) zich toch zonder problemen heeft kunnen voorbereiden? Het normdoel lijkt dan vervuld, zodat de nietigheid niet meer kan worden uitgesproken. Bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten moeten het informatiedocument en de ontwerpovereenkomst 20 dagen voor de contractsluiting worden verstrekt.³⁰⁶ De bedoeling is duidelijk: hierdoor heeft de ontvangende partij tijd om zich te beraden over de overeenkomst en alle elementen grondig te onderzoeken alvorens hij toestemt. Wat als de termijn van 20 dagen niet gerespecteerd werd, maar de partij niettemin de tijd heeft gehad een grondige analyse te maken van de gegevens in de documenten? Eigenlijk is de bedoeling van de geschonden regel dan gerealiseerd, waardoor de nietigheidssanctie niet nodig is.

³⁰⁴ Art. 862, 1° Ger. W.

³⁰⁵ G. DELVOIE, "De nieuwe nietigheidsregeling van de artikelen 860 e.v. Ger. W.", *TBBR* 1993, (36) 43.

³⁰⁶ Art. X.27 W.E.R.

DEEL 3. CONCLUSIE: DE ROL VAN EEN ONVOLMAAKTE SANCTIE BIJ DE SCHENDING VAN FORMALITEITEN

173. De tijd is rijp om ons te wagen aan een algemene conclusie. Is de nietigheid echt een onvolmaakte sanctie in een ongemakkelijke hoofdrol met betrekking tot de schending van formaliteiten?

174. We brengen de eerste onderzoeksvraag in herinnering. Het opzet was vooreerst om op basis van een analyse van de belangrijkste eigenschappen van de nietigheid na te gaan welke moeilijkheden de nietigheidsfiguur vertoont in de huidige stand van rechtspraak en rechtsleer. Vervolgens namen we ons voor te bekijken welke pogingen er zijn ondernomen om deze problemen op te vangen, en deze te beoordelen op hun levensvatbaarheid.

175. De nietigheid is inderdaad een *onvolmaakte sanctie*. Men vindt in elk handboek dezelfde basiseigenschappen van de nietigheid terug. De nietigheid is een sanctie die een relatief of absoluut karakter heeft naargelang de regel die ze beschermt van dwingend recht of van openbare orde is. Ze moet altijd door de rechter worden uitgesproken. Zowel de relatieve als de absolute nietigheid verjaart na 10 jaar. Dit zijn natuurlijk niet alle eigenschappen, maar deze blijken wel problematischer of meer controversieel te zijn dan op het eerste zicht lijkt.

176. Zo lijkt het onderscheid tussen dwingend recht en openbare orde steeds meer te vervagen. Dit zet het onderscheid tussen de relatieve en absolute nietigheid onder druk. Vooral met betrekking tot het ambtshalve opwerpen van nietigheidsgronden, kan geargumenteed worden dat het onderscheid op dit vlak achterhaald is. Het essentieel gerechtelijk karakter brengt ook moeilijkheden met zich mee, met name wanneer een vernietigbare verbintenis pas onder ogen van de rechter komt nadat de nietigheidsvordering verjaard is. Ook de verjaringsregeling zelf, die tot gevolg heeft dat een relatieve nietigheidsgrond soms een langere levensspanne heeft dan een absolute, is niet zo vlekkeloos als ze lijkt. Daarmee is een eerste doel van het onderzoek bereikt:

we hebben in kaart gebracht welke onvolmaaktheden de nietigheidsfiguur vandaag vertoont.

177. We hebben ook een overzicht gemaakt van enkele pogingen die zijn ondernomen om deze onvolmaaktheden op te vangen. In de rechtsleer worden verschillende alternatieve figuren en begrippen naar voren geschoven, die allemaal hun voordelen lijken te hebben. Toch lijken geen van deze figuren volledig in hun opzet te slagen. Sommige alternatieven schieten tekort omdat hun toepassingsgebied (althans voorlopig) te beperkt is (*de exceptie van nietigheid, onontvankelijkheid wegens gebrek aan rechtmatig belang*). Andere begrippen zijn dan weer een poging om geesten uit het verleden terug te halen, hoewel de cassatierechtspraak deze expliciet naar de geschiedenisboeken heeft verbannen (*de onbestaanbaarheid*). Nog andere zijn dan weer te veel gebaseerd op deze spoken uit het verleden (*onwerkzaamheid, nietigheid van rechtswege*).

178. De rechtspraak worstelt met deze problematische kenmerken wanneer ze geconfronteerd wordt met de verjaarde nietigheidsvordering. De uitspraken die ter zake werden geveld sluiten aan bij het rechtvaardigheidsgevoel, maar worden genomen op een onzekere theoretische basis. Deze rechtspraak ziet zich genoodzaakt om een andere sanctie dan de nietigheid te hanteren, maar moet zich tegelijkertijd toch in het keurslijf van de nietigheidstheorie wringen. De sanctie die de rechtspraak eigenlijk toepast in deze gevallen is de *niet-afdwingbaarheid* van de verbintenis die is aangetast door een verjaarde nietigheidsgrond. De niet-afdwingbaarheid duidt accuraat aan wat nu eigenlijk het resultaat is van de weigering van het recht om steun te verlenen aan een gebrekkige rechtshandeling die toch niet nietig kan worden verklaard. In plaats van het bestaan van verschillende figuren gesteund op controversiële fundamenten te verdedigen, is het beter de terminologische façade te doorbreken en te kijken naar de praktische implicaties. Voor verbintenissen aangetast door een absolute nietigheidsgrond, kan de rechter de ongegrondverklaring van de eis tot nakoming ervan steunen op art. 6 BW. Wat de rechtsgrond is voor een dergelijke beslissing bij een relatieve nietigheidsgrond, is tot op heden onzeker. In deze masterproef werd evenwel

ook verdedigd dat, in tegenstelling tot de visie van het Hof van Cassatie, de rechter de mogelijkheid zou moeten hebben om een overeenkomst strijdig met de openbare orde ambtshalve te vernietigen. Gelet op het recente cassatiearrest en de goedkeuring in de rechtsleer, lijkt deze piste echter onpopulair.

179. In het tweede deel van deze masterproef hebben we een concrete toepassing van de nietigheidssanctie uitgekozen en deze onderzocht. Daarbij legden we ons toe op formaliteiten in overeenkomsten. We vroegen ons af of en waarom de nietigheidssanctie soms niet gepast is. We onderzochten vervolgens welke remmen er kunnen staan op de nietigverklaring van overeenkomsten wegens de schending van formaliteiten. We namen ons voor ons niet te beperken tot de temperingen die vandaag in het recht bestaan, maar probeerden ook te kijken of er in de rechtsleer of elders melding wordt gemaakt van nieuwe mechanismen die deze rol zouden kunnen vervullen. Bij de zoektocht naar een dergelijk mechanisme zouden we het gemeen recht als inspiratiebron gebruiken. Die keuze voor het gemeen recht werd ingegeven door de brede toepasbaarheid van dergelijke mechanismen.

180. In contracten waar formaliteiten gebruikt worden ter bescherming van een zwakkere contractpartij, hebben de formaliteiten vaak tot doel de informatieasymmetrie tussen partijen weg te werken. De formaliteiten moeten verzekeren dat de beschermde partij goed geïnformeerd is over de belangrijkste elementen van het contract alvorens hij zich verbindt. Formaliteiten zoals verplichte vermeldingen kunnen in dat opzicht beschouwd worden als de formalisatie van materiële informatieplichten van de sterkere partij. De niet-naleving van deze formaliteiten treffen de geldigheid van de overeenkomst en hebben in principe de nietigheid tot gevolg. Als de nietigheid niet uitdrukkelijk is bepaald door de wet, zal de rechter de nietigheid toepassen met inachtneming van de zwaarwichtigheid van de betrokken belangen. Als de nietigheid wel uitdrukkelijk is voorgeschreven, heeft zij in de besproken gevallen een automatisch karakter. De rechter zal de nietigverklaring uitspreken zonder dat de beschermde partij enige belangenschade moet aantonen. De loutere formele schending is voldoende om de overeenkomst nietig te laten verklaren.

181. We stellen vast dat de uitdrukkelijke en automatische nietigheid in sommige gevallen haar doel voorbyschiet. Met name wanneer een formaliteit niet werd nageleefd, maar de beschermde partij niettemin voldoende is geïnformeerd en dus met kennis van zaken kan toestemmen tot het contract, kan de nietigheid een disproportionele sanctie zijn. In die gevallen heeft de sterkere partij eigenlijk voldaan aan haar materiële informatieplicht. In gevallen waar de nietigheid een automatische sanctie is, zoals bij consumentenkredieten en commerciële samenwerkingsovereenkomsten, heeft deze vaststelling echter geen impact: de nietigverklaring moet sowieso volgen.

182. Om de ongewenste gevolgen van bovenvermelde situatie tegen te gaan, zijn we op zoek gegaan temperingen van de nietigverklaring wegens schending van formaliteiten.

183. Ten eerste is er de mogelijkheid van rechtsmisbruik. We hebben gezien dat de aanwending van de nietigheidsvordering door de beschermde partij in theorie zou kunnen beantwoorden aan de verschillende specifieke criteria van rechtsmisbruik. Op het vlak van commerciële samenwerkingsovereenkomsten onderwerpen rechters de nietigheidsvordering inderdaad aan de rechtsmisbruikcontrole. Op het vlak van consumentenzaken staat de rechtspraak echter veel weigerachtiger tegen de toepassing van deze controle. Zoals werd beargumenteerd, is dit onterecht. De figuur van het rechtsmisbruik kan wel degelijk een nuttig instrument zijn om de nietigverklaring te temperen. Deze figuur omzeilt immers het obstakel van het automatische karakter van de nietigheid, omdat de rechtsmisbruikcontrole zich niet situeert in de fase van de toepasselijkheid van een sanctie, maar in de fase van het effectief aanwenden van die sanctie nadat werd vastgesteld dat zij van toepassing is.

De aanwending van de rechtsmisbruikcontrole brengt een sluimerende contradictie aan het licht. Enerzijds is geen enkele belangenschade vereist om vast te stellen dat de automatische nietigheid van toepassing is. Anderzijds toetst de rechtsmisbruikcontrole de nietigheidsvordering wel rechtstreeks of

onrechtstreeks aan het bestaan van een rechtmatig en voldoende belang in hoofde van de eiser. Deze contradictie hoeft eigenlijk niet te verbazen. Het beslechten van een geschil is in essentie niets anders dan het afwegen van belangen. De uitingen in het recht van dit inzicht zijn ontelbaar. Als men de belangenafweging aan de rechter ontnemt door te bepalen dat de nietigheidssanctie een automatisch karakter heeft, is het ook logisch dat andere figuren, gekenmerkt door een vorm van belangenafweging, hiermee botsen.

184. Ten tweede hebben we getracht een alternatief sanctiemechanisme te schetsen op grond van gemeenrechtelijke principes. Daarbij was het de bedoeling om de strenge toepassing van nietigheidssanctie te flexibiliseren in het voordeel van de sterke partij, zonder dat de zwakke partij evenwel te veel aan bescherming inboet. Op basis van bestaande rechtsleer, Europese en internationale principes van het contractenrecht en Franse rechtspraak hebben we steun gevonden voor het vermoeden van dwaling als alternatief mechanisme. Met dit mechanisme zoeken we aansluiting bij het reeds bestaande inzicht dat de schending van een precontractuele informatieplicht kan leiden tot dwaling. De keuze voor dwaling steunt op het onderliggende besef dat ook bepaalde formaliteiten informatie overbrengen zonder dewelke een partij geen volwaardige toestemming kan geven. Formaliteiten staan uiteindelijk maar in dienst van de materiële verplichtingen die eronder schuilen. De schending van deze formaliteiten wordt daarom gesanctioneerd met de nietigheid. De door de wetgever vooropgestelde bescherming wordt bereikt door de zwakke partij te laten genieten van een vermoeden van dwaling. Worden de formaliteiten niet nageleefd, dan heeft de zwakke partij niet alle essentiële informatie en kan zij geacht worden te dwalen. Dit vermoeden is echter weerlegbaar door de sterke partij. Hierdoor wordt de nodige flexibiliteit ingebouwd: een louter formele schending zal niet meer tot een ongewenste nietigheid leiden als de sterke partij erin slaagt te bewijzen dat haar tegenpartij wel voldoende geïnformeerd was.

185. Ten derde hebben we ons laten inspireren door de nietigheidsfiguur uit een geheel andere rechtstak: het burgerlijk procesrecht. We hebben gezien dat de nietigheidsleer in het procesrecht zich behoedt voor sanctionering op louter

formele basis. Het mechanisme steunt in verschillende fases op een of andere vorm van belangenafweging: de vereiste van belangenschade, de vervulling van het normdoel en de proportionaliteit van de sanctie. Door de nietigheid in beide rechtstakken te vergelijken hebben we parallellen kunnen trekken tussen de beide figuren. We zijn, abstractie makend van hun afzonderlijk toepassingsgebied, tot de vaststelling gekomen dat de nietigheidsleer in het burgerlijk procesrecht helemaal niet zo exotisch en incompatibel hoeft te zijn met de verbintenissenrechtelijke nietigheid als we denken. Deze vergelijking zou ons moeten aanzetten tot nadenken over de aard van de automatische nietigheid in overeenkomsten en de vitale rol van een concrete belangenafweging bij de toepassing ervan. Misschien zullen in de toekomst de geesten rijp zijn om conceptueel toenadering te zoeken tot de nietigheidsleer in het burgerlijk procesrecht?

186. De nietigheidsleer in het verbintenissenrecht is inderdaad een gevaarlijk moeras. Overal lezen we dat de nietigheid een op maat gemaakte sanctie moet zijn, waarvan de gevolgen niet verder mogen gaan dan gerechtvaardigd door de concrete omstandigheden. De wetgever die de automatische nietigheid inlast wegens schending van formaliteiten in overeenkomsten, plaatst daarmee een onvolmaakte sanctie in een ongemakkelijke hoofdrol. Wetgevend ingrijpen dat leidt tot een verregaande bescherming van zwakke partijen kan uiteraard perfect gerechtvaardigd worden. Dat daaraan een strenge sanctie wordt gekoppeld is eveneens begrijpelijk. Maar de rechter moet altijd het laatste woord hebben bij de concrete toepassing van de sanctie. Geschillen beslechten is belangenafwegen. De meest accurate weegschaal is de rechter in het concrete geval.

187. In België hameren rechtsleer en rechtspraak telkens weer op het gerechtelijk karakter van de nietigheid. Alleen de rechter kan een overeenkomst nietig verklaren. Dit wordt traditioneel verantwoord door het verbod op eigenrichting maar meer overtuigend door de verregaande gevolgen die een nietigverklaring met zich mee brengt. Inderdaad: het gerechtelijk karakter zelf is de ultieme temperende kracht van de nietigheid. Maar wanneer de rechter geen enkele belangenafweging kan maken en sowieso verplicht is de nietigheid uit te

spreken, is er dan een wezenlijk verschil met pakweg de nietigheid van rechtswege, die bij ons nochtans geschuwd wordt? Bij de nietigheid van rechtswege of buitengerechtelijke nietigheid heeft de rechter immers geen andere keuze dan vast te stellen dat een verbintenis inderdaad nietig is (een declaratieve beslissing). Bij de automatische nietigheid zoals we die besproken hebben, doet zijn beslissing de nietigheid in theorie wel ontstaan (een constitutieve beslissing), maar is het resultaat hetzelfde: de rechter kan niet anders dan de nietigheid uitspreken.

Men vecht om de nietigheid in handen van de rechter te houden, om zijn handen daarna volledig vast te binden. Dit wijst alweer op de innerlijke tegenstrijdigheden van de nietigheid als een figuur zonder coherent uitgewerkte theorie. Terwijl het gerechtelijk karakter van de nietigheid in het eerste deel van dit werk wordt omschreven als een probleem, komt het in het tweede deel net naar voren als opportuniteit. De waarschuwing van DE PAGE uit onze inleiding geldt anno 2015 nog steeds onverkort. In het donkere moeras van de nietigheidsleer is niets wat het lijkt.

BIBLIOGRAFIE

WETGEVING

EUROPA

Richtlijn Europese Raad en de Raad nr. 2008/48, 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad, *Pb. L.* 22 mei 2008, afl. 133, 66

BELGIË

Burgerlijk Wetboek van 21 maart 1804

Wet 3 juli 1978 betreffende arbeidsovereenkomsten, *BS* 22 augustus 1978

Wet 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, *BS* 17 juni 1998

Wet van 16 februari 1994 tot regeling van het contract tot reisorganisatie en reisbemiddeling, *BS* 1 april 1994

Wet van 19 december 2005 betreffende de precontractuele Informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, *BS* 18 januari 2006 (opgeheven)

Decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en de bodembescherming, *BS* 22 januari 2007

Wet 28 augustus 2011 betreffende de bescherming van de consumenten inzake overeenkomsten betreffende het gebruik van goederen in deeltijd, vakantieproducten van lange duur, doorverkoop en uitwisseling, *BS* 16 september 2011

OVERIGE

Memorie van Toelichting Wet betreffende precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, *Parl. St. Kamer*, 2004-2005, nr. 51-1678/001

Amendement nr. 6 Wetsontwerp betreffende precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, *Parl. St. Senaat*, 2005-2006, nr. 3-1292/2

Arbitragecommissie, advies over de sancties bepaald in art. 5 van de wet van 19 december 2005 betreffende precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, 4 oktober 2011, nr. 2011/08, http://economie.fgov.be/nl/binaries/Avis_2011_08_tcm325-152795.pdf.

Verslag Model Franchise Disclosure Law, Rome, 2002, <http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>

FRANKRIJK

Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, *J.O.* 2 januari 1990.

RECHTSLEER

(BIJDRAGEN IN) BOEKEN

ALLEMEERSCH, B., *Taakverdeling in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, xxviii+671 p.

BAECK, J., “Deugnieten en nietigheden” in BOONE, I., CLAEYS, I., LAVRYSEN, L. (eds.), *Liber Amicorum Hubert Bocken*, Brugge, Die Keure, 2009, 149-164

BARBAIX, R., *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, xl+1130 p.

BRASSEUR, P., “Le formalisme dans la formation des contrats, approches de droit comparé” in BRASSEUR, P., DE CONINCK, B., et al. (eds.), *Le processus de formation du contract*, Brussel-Parijs, Bruylant-L.G.D.J., 2002, 605 - 691

CASTERMANS, M., *Gerechtig Privaatrecht*, Gent, Story, 2009, xxiv+763 p.

CLAEYS, I., “Ontbinding en nietigheid van overeenkomsten: rechterlijke tussenkomst altijd vereist?” in CLAEYS, I. (red.), *Contractenrecht in beweging*, Mechelen, Kluwer, 2004, 181-195

CLAEYS, I., “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging” in ARNOU, P., TILLEMANS, B., BOES, M. (eds.), *Sancties en nietigheden: vormingsprogramma 2002-2003*, Brussel, Larcier, 2003, 267-332.

CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, XXXII+997 p.

CUMYN, M., *La validité du contract suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Parijs, L.G.D.J., 2002, xviii+300 p.

DE BOECK, A., "De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. vandaag. Responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting" in VAN RANSBEECK, R. (red.), *Wilsgebreken*, Brugge, Die Keure, 2006, 37-100.

DE BOECK, A., *Rechtsmisbruik*, Mechelen, Kluwer, 2011, 36 p.

DECONINCK, B., "art. 861" in *Comm.Ger.*, IV, Antwerpen, Kluwer, 2009, losbl.

DEL CORAL, J., *Dwaling*, Brussel, Larcier, 2011, IV+132 p.

DE LEVAL, G., *Éléments de procédure civile*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2003, 552 p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1962, 1107 p.

EYBEN, C., "La prescription des actions en nullité et l'exception de nullité", in WÉRY, P. (red.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, 165-228

FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., *European Contract Law. Materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2008, 614 p.

GEUDENS, L. *Het verbod op rechtsmisbruik in contracten, evaluatie van een algemeen rechtsbeginsel*, Brugge, Die Keure, 2014, ix+146 p.

GHESTIN, J., "Traité de droit civil: les obligations. Le contrat: formation", Parijs, L.G.D.J., 1988, 1096 p.

GUERRIERO, M.A. *L'acte juridique solennel*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, xvii+520 p.

HESSELINK, M. et al., *PEL Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2006, 371 p.

HIJMA, J., *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Zoeterwoude, Kluwer-Deventer, 1988, xiii+430 p.

HIJMA, J., *Hoe nietig is nietig? Beschouwingen omtrent het nietigheidsbegrip in het contractenrecht.*, Gent, Story-Scientia, 1998, 27 p.

JACQUEMIN, H., *Le formalisme contractuel: mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Larcier, 2010, 583 p.

JAPIOT, R., *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 964 p.

KÖTZ, H. *Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, Oxford, Clarendon Press, 2002, 286 p.

LAENENS, J., BROECKX, K., SCHEERS, D., THIRIAR, P., *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 853 p.

STIJNS, S., VUYE, H., "Rechtsmisbruik en burenhinder: evenwichtsoefeningen op weg naar een evenwichtsleer" in VAN GERVEN, W., STIJNS, S., COUSY, H. (eds.), *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, 299-328

STIJNS, S., "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming" in SMITS, J., STIJNS, S. (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, 225-264

STIJNS, S., “De sanctionering van de wilsgebreken” in VAN RANSBEECK, R., *Wilsgebreken*, Brugge, Die Keure 2006, 133-168

STIJNS, S., “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’exécution ou de vice de formation” in FORIERS, P.-A., DURANT, I., GERMAIN, J.-F., et al., *La volonté unilatérale dans le contrat. Ed. Du Jeune Barreau de Bruxelles*, Brussel, 2008, 325-426

STIJNS, S., “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval” in STIJNS, S., SAMOY, I., DE BOECK, A., (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis. School voor postacademische juridische vorming*, Brugge, die Keure, 2010, 25-71

STORME, M., *Algemene inleiding tot het recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 380 p.

STUYCK, J., “Setting the scene” in H.-W. MICKLITZ, J. STUYCK, E. TERRYN *et al.* (eds.), *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Portland, Hart Publishing, 2010, 1-69

VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, Antwerpen, Story-Scientia, 1987, vi+519p.

DE CORTE, R., LAENENS, J., TAELEMAN, P., BROECKX, K., “Van vormdoel naar normdoel in het gerechtelijk privaatrecht” in VAN GERVEN, W., VAN ORSHOVEN, P. et al., *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, Deurne, Story, 1995, 45-82

VAN GERVEN, W., “Onverbindendheid: blokkendoos of grabbelton?” in *Liber Amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, 483-496

VAN GERVEN, W. en COVEMAEKER, S., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 719 p.

VAN NISPEN, C.J.J.C., *Sancties in het vermogensrecht*, Kluwer, Deventer, 1988, VIII+95 p.

VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations. I. Introduction. Sources des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 936 p.

VON KUEGELGEN, M., “Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités” in ROMAIN, J.-F., FORIERS, P.-A. et al, *Les obligations contractuelles*, Brussel, Jeune Barreau, 2000, 569-628

WAGNER, K., *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2014, 1101 p.

WÉRY, P., “Nullité, inexistence et réputé non écrit” in WÉRY, P. (red.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, 7-33

WÉRY, P., “L’essor du droit impératif et ses rapports avec l’ordre public en matière contractuelle” in SAMOY, I. (red.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2010, 121 – 142

WEYTS, L., VERBEKE, A., GOOVAERTS, E., CASTELEIN, C., (eds.), *Notariële facetten van het contractenrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2004, 332 p.

BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN

BAECK, J., “(Feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten”, *TPR* 2008, 321-371

BARBAIX, R. en VERDICKT, B., “Handgift zonder (bewezen) traditio: onbestaand of vernietigbaar?” (noot onder Gent 17 april 2007), *Not.Fisc.M.*, 2011, 66-83

D. BLOMMAERT en F. NICHELS, “Kroniek van het Consumentenkrediet (1999-2005)”, *TBH* 2006, 587-619

CLAEYS, S., "Precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten", *NjW* 2006, 290 - 306

CLAEYS, S., "Precontractuele fase: de informatieplichten en -documenten bij dsitributiecontracten", *BHDR* 2011, afl. 12, 9-61

CLEVENBERGH, O. "La place de l'étude de marché et du plan previsionnel au sein de l'information précontractuelle à fournir au franchisé en vertu de la loi du 19 decembre 2005 et du droit commun. La sanction du caractère in complet des informations communiquées", *TBH* 2008, 189-205

DE BUSSCHERE, C., "Het Grondwettelijk Hof, het notariaat, de notariële akten en de nietigheden bij inbreuken op vormvoorschriften "ad validitatem" van sommige notariële akten" (noot onder GwH 31 juli 2008, nr. 109/2008), *RGDC* 2009, 183-190

DE CONINCK, J., "Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken", *TBBR* 2004, 301-323

DELVOIE, G., "De nieuwe nietigheidsregeling van de artikelen 860 e.v. Ger. W.", *TBBR* 1993, 36-44

JACQUEMIN, H., "Heurs et malheurs du formalisme contractuel comme mécanisme de protection du consommateur", *DCCR* 2013, 267-286

Peeraer, F., "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR*, afl. 4, 2706-2801

REYNTJENS, T., "Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst", *Jura Falconis* 2014-15 711-737

SAMOY, I., en TERRY, E. "Informatie aan consumenten in het Voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten", *DCCR* 2009, 36-80

STEENNOT, R., “Ambtshalve opwerpen van regels van dwingend recht die strekken tot bescherming van de consument”, *NjW* 2012, afl. 267, 550-553

STEENNOT, R., “Consumentenkrediet. Overzicht rechtspraak”, *TPR* 2009, 229-556

STIJNS, S., “abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, 33-44

SWAENEPOEL, E., “De onrechtmatige bedingen: evolutie naar het ambtshalve opwerpen van de relatieve nietigheid?”, *DCCR* 2005, 71-82

TANGHE, T., “Rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond”, *TPR* 2012, 705-759

TANGHE, T., “de rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen” (noot onder Cass. 28 september 2012), *TBBR* 2013, afl. 5, 236-240

VAN DEN BERGH, B., “Heiligt het doel de middelen? Over het normdoel als toetssteen voor procesrechtelijke nietigheidssancties”, *RW* 2014-2015, 663-668.

VAN OMMESLAGHE, P., “l’Autonomie de la volonté: du code civil à nos jours” in FELTKAMP, R. en VANBOSSELE, F. (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 1-23

VIEUJEAN, E. en RENARD, C. “Nullité, inexistance, et annulabilité en droit civil Belge”, *Ann. Dr. Liège*, 1962, 243-294

WÉRY, P., “La nullité des contrats d’organisation de voyages et d’intermédiaire de voyages pour méconnaissance des formalités légales” (noot onder Cass. 26 mei 2006), *TBBR* 2007, 479-482

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

Cass. 23 januari 2014, AR C.12.0467.N

Cass. 27 december 2013, *NjW* 2014, 125

Cass. 16 september 2013, *TBH* 2014, 116-117

Cass. 14 december 2012, *Pas.* 2012, afl. 12, 2497

Cass. 28 september 2012, *RW* 2013, 895-899, noot J. VAN DONINCK

Cass. 18 maart 2011, *TBBR* 2012, 275

Cass. 31 januari 2011, *Arr. Cass.* 2011, 368

Cass. 17 januari 2011, *TBBR* 2013, afl. 7, 400-402

Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-11, afl. 36, 1520-1521, noot J. DEL CORRAL

Cass. 12 april 2010, *JLMB* 2010, afl. 32, 1501

Cass. 2 april 2010, *Arr. Cass.* 2010, 1029

Cass. 24 december 2009, *Pas.* 2009, afl. 12, 3248

Cass. 22 september 2008, *RW* 2010-11, 1345

Cass. 9 mei 2008, *Arr. Cass.* 2008, 1156

Cass. 24 april 2008, *RABG* 2008, afl. 18, 1193

Cass. 7 december 2006, *T. Vred.* 2007, 410-413, noot F. DE PATOUL

Cass. 26 mei 2006, *Arr.Cass.* 2006, afl. 5, 1191

Cass. 16 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, afl. 3, 630

Cass. 26 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, afl. 5, 1119

Cass. 17 september 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 9, 1403

Cass. 10 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1031

Cass. 28 februari 2003, *Arr.Cass.* 2003, afl. 2, 524

Cass. 14 februari 2002, *Arr.Cass.* 2002, 465

Cass. 25 april 2003, *TBBR* 2005, 42

Cass. 6 december 2002, *Arr.Cass.* 2002, afl. 12, 2673

Cass. 13 mei 1996, *Pas.* 1996, I, 455

Cass. 12 februari 1993, *Pas.* 1993, I, 165

Cass. 16 december 1988, *Pas.* 1989, I, 427

Cass. 27 juni 1985, *Pas.* 1985, I, 1381

Cass. 5 oktober 1984, *Arr. Cass.* 1985, 212

Cass. 21 oktober 1971, *Pas.* 1972, I, 174

Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31

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

HOVEN EN RECHTBANKEN

Antwerpen 2 december 2009, *RW* 2010-11, 1477-1478

Gent 18 november 2013, *RW* 2013-14, 1185-1187

Gent 4 oktober 2006, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2006*, 383-388

Gent 3 maart 2004, *NJW* 2005, 346

Gent 30 september 1994, *AJT* 1994-95, 498

Gent 27 januari 1854, *Pas.* 1854, II, 233

Kh. Hasselt 3 december 2010, *TBH* 2012, 328-334, noot F. DANIS

Kh. Charleroi 16 januari 2009, *DAOR* 2014, 81-95, noot S. CLAEYS

Vred. Zottegem 13 januari 2011, *T. Vred.* 2013, 644-650, noot R. STEENNOT

Vred. Gent 2 februari 2010, *T. Vred.* 2012, 294-297, noot R. STEENNOT

Vred. Izegem 19 mei 2004, *T. Vred.* 2006, 44-47

FRANKRIJK

Cass. (fr) 7 oktober 2014, n° 13-23119, www.legifrance.fr

Cass. (fr) 18 november 2008, n° 07-18599, www.legifrance.fr

Cass. (fr) 4 februari 2004, n° 00-21.319, www.dalloz.fr

Cass. (fr) 10 februari 1998, n° 95-21.906, www.dalloz.fr

CA Parijs 7 januari 2015, n° 12/19741, www.legifrance.fr

CA Lyon 10 februari 2015 13-07186 www.legifrance.fr

CA Versailles 2 december 2014, n° 13/02289, www.legifrance.fr