

Voor een chicanebestendig verbintenissenrecht

Matthias Storme^(*)

“Bij de uitleg van dit Verdrag dient rekening te worden gehouden met (...) de noodzaak naleving van de goede trouw in de internationale handel te bevorderen”, zo stelt artikel 7, lid 1 van het Weens kooprecht. Het is een opdracht aan de wetsuitlegger, dus in hoofdzaak de rechter. Deze opdracht zou ook niet misstaan voor degene die geroepen is ons verbintenissenrecht uit te leggen. Maar is het niet op de eerste plaats de taak van de wetgever om regels te maken die de naleving van de goede trouw in het maatschappelijk verkeer bevorderen? Regels die dus niet zomaar kunnen gebruikt worden om te chicaneren, of om andere regels, waarin de wetgever de eisen van de goede trouw heeft geconcretiseerd, buitenspel te zetten? Onze wetgeving bevat te veel bepalingen die getuigen van een vrome aanbidding van formules die logisch lijken maar berusten op een volledig onbegrip van de historische ratio ervan⁽¹⁾. Ik geef twee voorbeelden uit Boek 5 nieuw BW, waar er overigens nog meer te vinden zijn.

Een staartbeentje in het contractenrecht

Een mooi voorbeeld hiervan is het begrip zakelijk contract, volgens artikel 5.5, lid 3 van het nieuw Burgerlijk Wetboek een *“contract (waarvan de) totstandkoming onderworpen is aan de overhandiging van een voorwerp door een partij aan de andere”* (zie verder ook art. 5.29, lid 2). Hoewel de wetgever bij de vaststelling van de nieuwe Pandwet alvast geheel terecht de regel heeft afgeschaft dat een overeenkomst van inpandgeving maar zou tot stand komen door zo'n overhandiging, heeft men bij de vaststelling van Boek 5 halsstarrig vastgehouden aan dit fossiel. Immers, de overeenkomsten van bruiklening, verbruiklening en bewaargeving zouden in de eenentwintigste eeuw nog steeds maar kunnen tot stand komen door dergelijke overhandiging. België verwordt daarmee tot het Gallische dorpje van Asterix. Men heeft een schijnlogica aan zijn zijde: de verbintenis tot teruggave kan immers toch niet bestaan als het goed niet eerst overhandigd is? Maar dat kan evident niet beletten dat er voordien een overeenkomst kan worden gesloten waarbij een teruggaveverbintenis wordt overeengekomen voor goederen die nog overhandigd moeten worden. Wat is de huurovereenkomst anders? Als men teruggaat naar het Romeinse recht wordt de

* Gewoon hoogleraar KU Leuven, advocaat.

1. Sommige andere voorbeelden van schijnredeneringen door ritualisering van formules besprak ik reeds in mijn bijdrage “Bedenkingen bij de door het Hof van Cassatie gehanteerde wijze van rechtsvinding en rechtsopvatting. Tegelijk een bijdrage tot de studie van een onderschatte rechtsbron: de traditie”, *TPR* 1995, 971-1048 (<http://tpr.be/logging/logpdf.php?file=content/1995/1995-971>).

wortel van het misverstand duidelijk : in het Romeinse recht was een overeenkomst om niet in beginsel niet bindend, tenzij in bijzondere vormen (zoals de stipulatio). Een belofte om een goed kosteloos in bruikleen of verbruiklening te geven was dus niet bindend, de verbintenissen ontstonden pas door de overgave van het goed²). In ons recht daarentegen is zo'n belofte intussen al lang bindend. Alleen is een overeenkomst waarbij een partij zich ertoe verbindt een goed in bruikleen of verbruiklening te geven en de andere partij om het in nader te bepalen omstandigheden terug te geven volgens de fossiele leer geen bruikleenovereenkomst of verbruikleningovereenkomst, maar een bruikleenbelofte of leningsbelofte, die een afzonderlijke overeenkomst zou uitmaken. Wat een wonderlijke verdubbeling van de realiteit.

Nu zou dit gewoon een hilarisch voorbeeld van koterij zijn ware het niet dat van die ontduubeling misbruik wordt gemaakt om te ontsnappen aan dwingende rechtsregels. Immers, de wetgever heeft decennia geleden (1934) dwingende regels opgelegd inzake de vergoedingen die kredietverleners mogen aanrekenen aan kredietnemers (art. 1907 en 1907bis oud Burgerlijk Wetboek); het betreft hier overeenkomsten onder bezwarende titel, waarbij dus de oorspronkelijke grond voor de kwalificatie als zakelijke overeenkomst volkomen afwezig is. Niettemin argumenteert een groot deel van de doctrine, vaak overigens advocaten van kredietverleners, dat deze dwingende bepalingen niet van toepassing kunnen zijn indien de overeenkomst werd gesloten vóór de overhandiging van de gelden (wat omzeggens altijd het geval is), omdat het dan geen leningsovereenkomst zou kunnen zijn. Deze drogredenering werd ook gevolgd in enkele cassatiearresten (Cass. 27 april 2020, C.19.0602.N, *DC-Management*; Cass. 18 juni 2020, C.19.0140.N, *curatoren faill. Loxx*), zij het dat het Hof op dit punt intussen is bijgedraaid (Cass. 11 maart 2021 C.18.0552.F, *Belfius / faill. Citron*; Cass. 14 juni 2021, C.21.0024.N, *BNP Paribas Fortis/Comcommertijd*). Verder heeft men een nieuw soort overeenkomst uitgevonden, onbekend in het Burgerlijk Wetboek, om aan die dwingende bepalingen te ontsnappen, namelijk de kredietopening (terwijl de ingeroepen kenmerken van die overeenkomst, nl. de opnamevrijheid, juist ook bij de leningsbelofte aanwezig zijn)³). Wat verder opvalt, is dat bij het beantwoorden van de vraag of een dwingende bepaling al dan niet van toepassing is, men niet uitgaat van de ratio van die dwingende regel op zichzelf, een ratio die doorgaans onafhankelijk is van de kwalificatie van de overeenkomst voor de toepassing van niet-dwingende regels, maar van de kwalificatie van de overeenkomst om vervolgens met het uitvinden van *sui generis*-overeenkomsten de dwingende regel opzij te schuiven. Kortom, de zakelijke overeenkomst is niet zomaar een fossiel, het is een staartbeentje in het contractenrecht : iets dat zijn functie sinds lang heeft verloren, maar nog steeds flink pijn kan veroorzaken.

2. Zie hierover bv. G. GORLA, *Il contratto, problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico* (Milano : Giuffrè, 1954), deel I, p. 169 e.v.
3. Zie over deze paradox A.-P. ANDRÉ-DUMONT en T. MALENGREAU, "Sans option ni liberté point de promesse de prêt", *Bank & Fin.R.* 2023, 224 e.v.

Valse differentiatie tussen voorwaarde en verbintenis

Een tweede voorbeeld van dergelijke schijnlogica is de bepaling van artikel 5.141 nieuw BW over het externe karakter van de voorwaarde. Deze bepaling bestaat uit drie zinnen waarvan er twee chicanebevorderend zijn. De eerste is dat een gebeurtenis waarvan de geldigheid van het contract afhangt, niet als voorwaarde kan worden bedongen door de partijen. Het klassieke voorbeeld hiervan is dat een overeenkomst die aan een machtiging (met name door de rechter) is onderworpen, niet onder opschortende voorwaarde van het bekomen van die machtiging kan worden aangegaan. Kan iemand ook maar een zinnig argument bedenken voor deze regel, anders dan dat die formulering onder het oude recht ritueel werd teruggevonden in de rechtspraak? Het resultaat is dat de regel die geldt bij een overeenkomst onder opschortende voorwaarde, en met name dat men niet in strijd met de goede trouw de vervulling van de voorwaarde mag belemmeren (nu art. 5.144 nieuw BW), niet van toepassing is. Een premie voor de kwade trouw dus. De praktijk probeert hieraan te verhelpen door in plaats van een verkoop onder opschortende voorwaarde te werken met eenzijdige beloften, maar dat sluit misbruiken niet uit, minstens niet aan de zijde van de partij die de machtiging moet vragen.

Ook de laatste zin van artikel 5.141 nieuw BW berust op een schijnredenering: *“De nakoming of niet-nakoming van een andere verbintenis ontstaan uit hetzelfde contract kan evenmin als voorwaarde worden bedongen”*. Als men de normale economie van een wederkerige overeenkomst bekijkt, is het daarentegen vrij evident dat minstens in één richting (en bij gelijk oversteken in beide richtingen) de nakoming van de ene verbintenis een voorwaarde is voor de opeisbaarheid van de tegenverbintenis. De Code Napoléon zat dichter bij de ratio door te spreken van een stilzwijgende ontbindende voorwaarde bij de ontbinding van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie (art. 1184 oud BW), en de *exceptio non adimpleti contractus* betekent niets anders dan dat een verbintenis slechts opeisbaar is onder opschortende voorwaarde van het aanbieden van de tegenprestatie. Opnieuw hebben we in het nieuwe BW te doen met een formule die ooit in een cassatiearrest in een heel andere specifieke context (nl. betreffende een vraag van belastingrecht – Cass. 8 september 2005, *Belgische Staat / Recona e.a.*, C.04.0407.N) is opgedoken en dan maar ritueel herhaald wordt zonder enige moeite te doen om de ratio ervan na te gaan. Dit dogmatisme houdt opnieuw gevaren in voor de goede trouw in het rechtsverkeer. Neem het voorbeeld waarin een verhuurder bedingt dat de huurovereenkomst gesloten wordt onder opschortende voorwaarde van het stellen van een huurwaarborg: ofwel is dat stellen geen verbintenis van de huurder en kan deze ontsnappen aan de overeenkomst door de waarborg niet te stellen; ofwel is het tegelijk wel een verbintenis van de huurder, en dan vervalt het karakter van voorwaarde en dient de verhuurder de lange weg te gaan van een rechterlijke ontbinding van de huurovereenkomst (aangezien uitdrukkelijke ontbindende bedingen bij huur voor ongeschreven worden gehouden).

Deze dogmatische uitschuiver is bijvoorbeeld ook problematisch voor een beding van eigendomsvoorbehoud. Dat beding houdt in dat de (volledige) betaling van de koopprijs de voorwaarde is voor de uitwerking van de verbintenis tot geven. Vermits de koper een verbintenis heeft tot betaling van de prijs, zou deze volgens artikel 5.141, lid 2 echter niet kunnen worden bedongen als voorwaarde voor de opeisbaarheid van de verbintenis tot geven van de verkoper (die wordt uitgevoerd door de goederenrechtelijke overeenkomst van art. 3.14, § 2, lid 2 nieuw BW).

Een chicanetoets

Natuurlijk zijn wetsbepalingen die chicane bevorderen of anderszins handelen te kwader trouw bevorderen niet enkel te vinden in het nieuw verbintenissenrecht. Zij zijn ook niet altijd het gevolg van ritualisme en historisch onbegrip, maar bijvoorbeeld ook van doorgeslagen beschermingsmaatregelen waarvan men de gevolgen niet overdacht heeft, zoals het herroepingsrecht bij consumentenovereenkomsten (dat in de jongste Richtlijn consumentenkoop een klein beetje is bijgeschaafd wat betreft de gebruiksvergoeding). Bij dit laatste voorbeeld kan men wel stellen dat de wetgever bij de invoering van de nieuwe regel misschien toch de technologische en maatschappelijke ontwikkelingen die zouden volgen niet helemaal kon inschatten, en is het verwijt dat men kan verwoorden eerder de traagheid in de bijstelling van de regels. Bij de hierboven gegeven voorbeelden uit Boek 5 gaat het daar niet om, maar om een verstarring in het denken door de overname van oude regels of formules zonder inzicht in de ratio ervan. Maar dat is een reden te meer om bij het ontwerpen van nieuwe wetgeving op een meer stelselmatige wijze een chicanetoets in te voeren, d.i. de verplichting na te gaan of de bepaling niet te gemakkelijk kan worden misbruikt. Een toets waarvan ik me voorstel dat die toch geheel in lijn moet liggen met de opvattingen over het recht van de met dit boek gevierde.

FEESTSCHRIFT VOOR KOEN GEENS

Editors :

Marieke Wyckaert

Veerle Colaert

Sofie Cools