

# DWINGEND RECHT IN VELE TINTEN

## TEN GELEIDE BIJ 2023/1

Matthias E. STORME  
*co-directeur TPR*

L.S.,

Voor U ligt het eerste nummer van 2023, het jaar waarin ook het gehercodificeerde verbintenissenrecht in werking is getreden. U hebt van ons nog enkele grondige studies over dat gehercodificeerde verbintenissenrecht te goed, ze zijn op komst. Een van de mogelijke punten van kritiek erop houdt overigens verband met het thema van onze rubriek De Redactie Privaat. Onze redacteur Eric Tjong Tjin Tai reflecteert daarin, onder de titel “Het bijzondere van bijzondere overeenkomsten” over de vraag in welke mate het nodig is regels te hebben voor bijzondere overeenkomsten, en komt tot de conclusie dat dit in zekere mate onvermijdelijk is. Hij wijst op enkele voorbeelden waarin het Belgische Burgerlijk Wetboek nu een regel heeft in het algemeen verbintenissenrecht voor zaken die in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek nog afzonderlijk geregeld zijn; maar er zijn in het Belgische Burgerlijk Wetboek ook voorbeelden in de andere zin te vinden, zeker ook vergeleken met het Ontwerp van een Europees *Common Frame of Reference* (waarin men inspiratie heeft gezocht, maar allicht toch nog wel iets te weinig). Zowel uit de ervaring met het DCFR als met de hercodificatie van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek had men overigens kunnen weten dat het niet verstandig is om de herziening van het algemeen verbintenissenrecht te finaliseren vooraleer men ook de ontwerpen klaar heeft van minstens de belangrijkste bijzondere overeenkomsten. Nu zal men in België onvermijdelijk correcties moeten aanbrengen in Boek 5 als men wil vermijden dat er nodeloos regels herhaald moeten worden bij meerdere bijzondere overeenkomsten (bv. betreffende de maatstaven voor conformiteit, inzake overgang van het tegenprestatierisico, betreffende remedies voor verborgen non-conformiteit, betreffende de goedkeuring en kwijting e.d.).

Onze redacteur bespreekt ook de belangrijke vraag van de criteria voor herkwalificatie van een overeenkomst en de rol van de rechter. Het is merkwaardig dat

in een tijd waarin in de cassatierechtspraak *curia novit ius* kennelijk versterkt wordt, men in artikel 5.68 BW de rechter wil binden aan de juridische kwalificatie die partijen geven aan een overeenkomst, met name wanneer de vlag de lading niet dekt en het etiket moet dienen om aan de normaal toepasselijke regels te ontsnappen zonder er op transparante wijze van af te wijken (*Etikettenschwindel*). Zou zo'n kwalificatie in een consumentenovereenkomst niet zondigen tegen de transparantieplicht? Bovendien lijkt in de praktijk die houding ook over te slaan op gevallen waarin er dwingende rechtsregels gelden: ondanks het andersluidende voorbehoud in artikel 5.68 *in fine* BW (alsook in art. 5.67 BW bij gemengde overeenkomsten), zal de Belgische doctrine of rechtspraak nog te vaak de toepassing van dwingende regels laten afhangen van de kwalificatie van de overeenkomst, dus het etiket dat veelal door partijen, en zo niet, door de rechter op de overeenkomst *als geheel* wordt geplakt. Nochtans wordt er aan dwingende rechtsregels veel meer recht gedaan door vanuit die regel zelf en zijn ratio het toepassingsgebied van die regel te bepalen zonder de soms tot foute conclusies leidende omweg van de kwalificatie van de overeenkomst. Een voorbeeld onder de vele: het toepassingsgebied van de dwingende regel van artikel 1907*bis* Oud BW, die de omvang van de wederbeleggingsvergoeding beperkt, zou moeten afhangen van de ratio van die regel en niet van de vele subtiliteiten in het onderscheiden van lening, leningbelofte en kredietopening zoals in de dominante rechtspraak (hetzelfde geldt overigens nog meer voor art. 1907*ter* Oud BW over de gekwalificeerde benadeling bij het aangaan van een lening). Net zoals voor de toepassing van de geldigheidsvereisten die de kosteloze borg beschermen het niet nodig is dat de overeenkomst als borgtocht wordt gekwalificeerd, maar wel dat de aangegane verbintenis een persoonlijke zekerheidsstelling vormt. Ook hier geldt m.i. wat ik reeds vijftien jaar geleden meer algemeen heb betoogd in dit tijdschrift ("Het contractsbegrip op dieet", *TPR* 2008, 305), namelijk dat de wijze waarop wij ons recht voorstellen veel te veel aanknoopt bij het contractbegrip en te weinig bij de rechtsverhouding en met name de verbintenis en soorten verbintenissen. Vanuit die analyse rijst de vraag of het wel zo'n goede zaak is om bijzondere regels voor bijzondere overeenkomsten op te stellen die per soort overeenkomst worden gepresenteerd in plaats van per soort verbintenis in het algemeen contractenrecht, zoals toch in grotere mate het geval is in Anglo-Amerikaanse en Scandinavische stelsels van contractenrecht. Met name het verstoppertje van het grootste deel van de regels van dwingend recht (behalve de meeste regels inzake wilsgebreken en aanverwante) in een Boek bijzondere overeenkomsten en in bijzondere wetten is misleidend: het houdt een imago in stand van een contractenrecht dat slechts marginaal dwingende regels kent, en in wezen volledig geregeerd wordt door de contractvrijheid. Misschien is dit soort dubbelzinnigheid wel typerend voor onze Franse traditie: een dualisme tussen een geafficheerd *high culture*-contractenrecht en een op het terrein werkend *low culture*-contractenrecht (zie over een vergelijkbaar dualisme reeds Georges Rouhette, "Droit de la consommation et théorie générale du contrat", in *Etudes R. Rodière*, 1981). Ook wie die contractvrijheid een warm hart toedraagt is er m.i. niet

mee gediend dat in de boeken zo'n vals beeld van ons *law in action* wordt opgehangen. Welke auteur – jong of oud – gaat de uitdaging aan om eens een echt handboek contractenrecht te schrijven, waarin de regels van algemeen contractenrecht en bijzondere contracten geïntegreerd worden behandeld?

Waarde lezer, U bent hiermee nog niet van het dwingende recht af natuurlijk. Twee bijdragen in deze bundel handelen over de privaatrechtelijke sancti-  
onering van regels van mededingingsrecht, wat bij uitstek dwingend recht is. Franziska Weber geeft ons een rechtseconomische analyse van de regels in Richtlijn 2014/104 en lidstatelijke regels ter omzetting daarvan, Michiel Verhulst een grondige positiefrechtelijke analyse van de vraag in welke mate precies het recht op schadevergoeding wegens schending van mededingingsrecht unierechtelijk geregeld is en welke marge het toepasselijke lidstatelijke recht daarbij heeft.

Corneel Debusscher en Dorothy Gruyaert verkennen de eveneens dwingende regels die bepalen onder welke voorwaarden een eeuwigdurend opstalrecht kan worden gevestigd, een van de belangrijke vernieuwingen van het goederrecht, met bijzondere aandacht ook voor de bestuursrechtelijke regels.

Dwingend is ten slotte ook het overgrote deel van de regels die besproken worden in het “Overzicht van rechtspraak medisch recht (2016-2022)” door Herman Nys: regels inzake de uitoefening van gezondheidsberoepen en regels inzake patiëntenrechten, beroepsgeheim en rond het begin en einde van het menselijk leven.

Behalve een rist boekbesprekingen bieden we U ten slotte ook nog een transversale bijdrage van Bram Akkermans, Björn Hoops, Elsabé van der Sijde en Benjamin Verheye, die gegroeid is uit het door hen met steun van het TPR georganiseerde colloquium over een duurzaam privaatrecht voor de eenentwintigste eeuw, waarin in het bijzonder wordt nagegaan hoe het duurzaamheidsstreven kan worden geïntegreerd in het privaatrecht en de wetenschap van het privaatrecht.

Veel lees- (en denk-)plezier!