

TEN GELEIDE BIJ 2019/1

Matthias E. STORME
co-directeur TPR

L.S.,

Met veel genoegen geven we U hierbij het eerste nummer van de 56e jaargang te lezen. Het bevat vooral bijdragen in twee domeinen: enerzijds over de rol van de rechter bij de uitlegging en ontwikkeling van het recht en anderzijds in het goederenrecht.

De rechtsvormende rol van de rechter komt wellicht het duidelijkst tot uiting enerzijds bij het “omgaan” van rechtspraak en anderzijds bij de grondwettigheidstoetsing, en deze beide zaken komen inderdaad in dit nummer aan bod. Matthias Van der Haegen heeft een grondig onderzoek verricht op een staal van de cassatierechtspraak (2002-2017), met name die arresten waarbij uit de publicaties van het Hof van Cassatie zelf blijkt dat het Hof is omgegaan, en koppelt daaraan een kritische bespreking van de wijze waarop dit gebeurt en kenbaar wordt gemaakt. De auteur pleit daarbij voor meer transparantie en meer algemeen voor een *aggiornamento* van de motiveringspraktijk van het Hof. Eric Dirix onderzoekt in zijn bijdrage de rol van de rechtsvergelijking in de rechtspraak van hetzelfde Hof van Cassatie tijdens precies dezelfde periode, wat – bij gebrek aan verwijzingen in de arresten zelf – diende te geschieden aan de hand van de conclusies van het openbaar ministerie. Daarbij krijgt U vooraf ook een mooi panorama over het gebruik van de rechtsvergelijking in enkele andere landen (rechtsvergelijking in het kwadraat dus). De zichtbare rol van de rechtsvergelijking in de Belgische rechtspraak blijkt beperkt te zijn, wat niet wil zeggen onbelangrijk. De auteur gaat dan ook de rechtspolitieke vragen over het gebruik van vreemd recht niet uit de weg, al lijkt uiteindelijk de “overtuigende kracht van de argumentatie” toch meer als toetssteen te dienen dan een meer wetenschappelijke omgang met rechtsvergelijking. Dat is overigens de belangrijkste wijze waarop overal ter wereld in de praktijk met rechtsvergelijking wordt omgegaan, een methode die Mark Tushnet (Harvard U.) met een verwijzing naar Lévi-Strauss “bricolage” noemde⁽¹⁾ en wij bij de scouts “système D” (van débrouille) noemden.

(1) “The Possibilities of comparative constitutional law”, *Yale law journal* 1999, 1225 v.

De toegenomen rechtsvormende rol van rechters doet vanzelfsprekend ook fundamentele vragen rijzen, en enkele daarvan worden dan ook in de pittige *De redactie privaat* door Wilfried Rauws onder de aandacht gebracht, volgens wie het Grondwettelijk Hof wel eens, met name in het ontslagrecht, buiten de spelregels speelt. Rechtscolleges lijken qua instrumentarium toch niet echt de meest geschikte instelling te zijn om aan wetgeving te doen, dit nog los van de eveneens besproken vraag naar de democratische legitimiteit.

Dit alles belet overigens niet dat ook de doctrine een belangrijke rol te spelen heeft, zoals onder meer moge blijken uit de bijdrage van Koen Swinnen over eigendom van data. Meer nog, deze bijdrage illustreert opnieuw de boutade van Kurt Lewin dat “*there is nothing so practical as a good theory*”, in dit geval met name door de toepassing van het onderscheid tussen semantische, syntactische en structurele informatie. Swinnen verschaft daarmee uitstekende hulpmiddelen voor een nader optreden van de wetgever, dat voor sommige aspecten van eigendom van data stilaan nodig wordt. Ook voor andere hervormingen waarvoor de wetgever aan zet is, wordt er heel wat voorbereidend werk verricht door de doctrine, nl. de hervorming van het goederenrecht in een richting die tot een duurzamer gebruik van de aarde leidt. Na de meer panoramische bijdrage van Bram Akkermans in het vorig nummer(2) brengen we hierover ditmaal een bijdrage van Benjamin Verheye, die een stuk meer toegespitst is op de goederenrechtelijke hindernissen voor een efficiënter gebruik van grondstoffen in de vastgoedsector. De vraag rijst dan natuurlijk in welke mate ons goederenrecht daarbij reeds ruimte laat of meer ruimte moet laten voor de wilsautonomie, en dat is dan ook de kernvraag van de parallelle bijdragen in dit nummer van Steven Bartels en Vincent Sagaert, naar Nederlands c.q. Belgisch recht. Een hele boterham goederenrecht dus.

Anders dan in het vorige *Ten geleide* nog verwacht, is de grote gebeurtenis in het privaatrecht van de voorbije maanden naast het nieuwe rechtspersonenrecht evenwel toch niet een nieuw goederenrecht, maar wel een duo aan Europese Richtlijnen inzake de consumentenkoop(3). Het goederenrecht, dat effectief als wetsontwerp werd ingediend aangezien alle meerderheidspartijen dit goed hadden gevonden, bleek in de aanloop naar de verkiezingen toch niet de prioriteit van de restregering, zodat van de plannen tot hercodificatie van het burgerlijk recht uiteindelijk enkel het bewijsrecht wet is geworden. Daarnaast zijn er nog tal van nieuwe bijzondere wetten gestemd. Grote delen van het verbintenissenrecht bevinden zich in andere wetboeken en bijzondere wetten. In een Kanttekening(4) in het *Rechtskundig Weekblad* van 4 mei 2019

(2) B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, 1437 v.

(3) Richtlijn 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, [data.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj](https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj), en Richtlijn 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, [data.europa.eu/eli/dir/2019/771/oj](https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/771/oj).

(4) E. DIRIX, “Flitswetgeving”, *RW* 2018-19, 1402.

bekritiseert Eric Dirix “flitswetgeving”, zoals de nieuwe wetgeving inzake misbruik van machtspositie in ondernemingscontracten, onder meer omdat die ingaat tegen het ideaal om het Burgerlijk Wetboek terug de centrale plaats te verzekeren voor de normering van alle privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Een zeer terechte bekommernis, waarvan echter ook in het voorontwerp verbintenissen dat de eindmeet niet heeft gehaald, niets was terug te vinden (het voorontwerp schafte geen enkele bijzondere wet af en haalde geen enkele bepaling terug naar het BW). Dat het voorontwerp verbintenissen totaal niet aan die noodzaak beantwoordde, heeft onder meer daarmee te maken dat, anders dan bij het goederenrecht dat effectief ons recht “herdacht”, het concept ervan ongeschikt was. Het zou nl. gaan om een *codification à droit constant*, die er hoofdzakelijk uit zou bestaan om de cassatierechtspraak in het BW in te schrijven, met inbegrip van de arresten die *de lege ferenda* “fout” zijn, en het overigens tot een soort cursus te herschrijven⁽⁵⁾. Gezien de Europese ontwikkelingen in het verbintenissenrecht, waaronder een nieuw kooprecht, dat ook hele materies regelt die bij ons in het algemeen verbintenissenrecht zijn geregeld, dringt een volledig nieuwe aanpak zich op. Die moet uitgaan van wat men het *acquis communautaire* noemt, en met name van het nieuwe Europese kooprecht en de implicaties ervan voor het algemeen verbintenissenrecht. Het kooprecht is in het verleden steeds het model geweest op grond waarvan het algemeen verbintenissenrecht *mutatis mutandis* werd ontwikkeld, en we zullen in dit land geen behoorlijk nieuw algemeen verbintenissenrecht vormgeven als dit niet van bij het begin afgestemd wordt met het kooprecht en best ook de andere bijzondere overeenkomsten. Graag herinner ik hierbij aan het Ontwerp van Gemeenschappelijk Referentiekader (*Draft Common Frame of Reference*), dat in een dubbele cirkelbeweging is ontstaan: rekening houdende met het Weens kooprecht werd eerst een algemeen verbintenissenrecht ontwikkeld, vervolgens werden modelregels gemaakt voor alle belangrijke bijzondere overeenkomsten en tenslotte volgde een grondige integratie van het algemeen verbintenissenrecht met het bijzonder verbintenissenrecht van de bijzondere overeenkomsten.

Eric Dirix heeft zich ooit laten ontvallen dat het voorontwerp verbintenissen het beste was wat nu eenmaal haalbaar is in dit land. Als dat zo is, moeten we er als privaattjuristen voor zorgen dat beter haalbaar is. Een van de grootste juristen aller tijden, Friedrich Carl von Savigny, kwam een goede tweehonderd jaar geleden tot de conclusie dat Duitsland niet rijp was voor een codificatie van het burgerlijk recht, omdat de rechtswetenschap niet het daartoe vereiste niveau had (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814). Wat men ook moge denken van de stand van de rechtswetenschap bij

(5) Een deel van mijn kritiek op het voorontwerp is te lezen in mijn opiniebijdrage “Een nieuw verbintenissenrecht: oude wijn in oude zakken”, *Juristenkrant* nr. 372, 17 = storme.be/Juristenkrant372nieuwverbintenissenrecht.pdf, gevolgd door een repliek van E. Dirix & P. Wéry, *Juristenkrant* nr. 373, 16.

ons, in ieder geval geldt dat er altijd ruimte is voor verbetering, en dat het een taak van het Tijdschrift voor Privaatrecht is om daartoe bij te dragen. Mij lijkt het dat dit nummer dat alvast stevig doet voor het goederenrecht. Wat het verbintenissenrecht betreft ziet de redactie graag inzendingen komen over de wijze waarop ons verbintenissenrecht er best uitziet bij de implementatie van de Europese Richtlijnen inzake koop en digitale inhoud. Wie neemt de handschoen op?