

De taak van de rechter en het voorwerp van de vordering: van spierballengerol tot rechterlijke suggesties bij nietigheid, ontbinding en restitutie

Frederik Peeraer¹

In de afgelopen jaren heeft het Hof van Cassatie twee arresten gevelde waarin het nieuwe regels ontwikkelt over de taak van de rechter met betrekking tot het voorwerp van de vordering. Het arrest van 4 september 2020 spreekt gespierde taal en kent de rechter (ogenschijnlijk) verregaande bevoegdheden toe met betrekking tot nietigheid en restitutie. Met het arrest van 10 februari 2022 laat het Hof wellicht een geheel ander geluid horen over de taak van de rechter met betrekking tot ontbinding en restitutie.

Dit artikel bespreekt beide arresten kritisch en heeft daarmee tot doel om een bijdrage te leveren aan het debat over de taak van de rechter met betrekking tot het voorwerp van de vordering. De kans is groot dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 2022 is teruggekomen op de nieuwe weg die het in zijn arrest van 2020 wellicht was ingeslagen. Volgens mij is dat een goede zaak. Daarmee is het debat evenwel niet ten einde: in zijn arrest van 2022 creëert het Hof de mogelijkheid voor de rechter om een partij te suggereren het voorwerp van haar vordering te wijzigen. Omdat de contouren van die suggestiemogelijkheid niet zijn aangegeven, suggereert deze bijdrage enkele gezichtspunten die kunnen verduidelijken in welke gevallen zo 'n mogelijkheid al dan niet verenigbaar is met het Belgische procesrecht.

§1. Inleiding

1. Sinds enkele decennia omschrijft het Hof van Cassatie de taak van de feitenrechter (doorgaans)² als volgt: “De rechter is ertoe gehouden het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde rechtsregels. Hij moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten en handelingen onderzoeken, en mag, ongeacht de juridische omschrijving die de partijen daaraan hebben gegeven, de door hen aangevoerde redenen ambtshalve aanvullen, op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten, dat hij zich enkel baseert op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd, dat hij het voorwerp van de vordering niet wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van de partijen niet miskent.”³ Hoewel het verbod op het wijzigen van het voorwerp van de vordering op het eerste gezicht duidelijk lijkt, zijn de precieze bevoegdheden en plichten van de rechter in dit verband minder zeker. Met een arrest van 4 september 2020⁴ schijnt het Hof ruimere bevoegdheden te hebben verleend aan de rechter om een niet-gevorderde restitutie toe te kennen. Het Hof lijkt evenwel terug te keren op zijn stappen met

¹ Docent Methoden van het rechtswetenschappelijk onderzoek en Rechtstheorie UGent, frederik.peeraer@ugent.be. Ik dank de anonieme peer reviewer voor diens constructieve opmerkingen en waardevolle suggesties.

² In het verleden heeft het Hof diezelfde ideeën soms op licht andere wijze uitgedrukt: zie daarover W. VAN EECKHOUTTE, “Schuifelen op de rechterstoel” in *Preadviezen 2015*, Den Haag, BJu, 2015, (251) 255 e.v., nr. 5 en p. 304 e.v., nr. 63.

³ Cass. 4 september 2020, C.19.0613.N, r.o. 3.

⁴ C.19.0613.N, elders in deze aflevering gepubliceerd.

een arrest van 10 februari 2022⁵. Dat laatste arrest introduceert tevens een nieuwigheid door de rechter de bevoegdheid te verlenen te suggereren dat een partij haar vordering wijzigt.

Die arresten werpen bijgevolg twee fundamentele vragen op: “Mag de rechter ambtshalve een niet-gevorderde restitutie toekennen?” (§2) en “Mag de rechter suggereren dat een partij het voorwerp van haar vordering uitbreidt?” (§3). Beide arresten worden behandeld bij het beantwoorden van die centrale vragen. Tot slot volgt een besluit (§4).

§2. Mag de rechter ambtshalve een niet-gevorderde restitutie toekennen?

2. Overzicht – Om de gestelde vraag te beantwoorden, schets ik hieronder eerst het algemene kader over het voorwerp van de vordering (A). Hoe dat begrip wordt ingevuld, staat centraal in nr. 3. Hoe vorderingen tot nietigverklaring of ontbinding zich verhouden tot vorderingen tot restitutie, komt aan bod in nr. 4. Om te verduidelijken dat een vordering tot nietigverklaring of ontbinding niet gepaard hoeft te gaan met een vordering tot restitutie, behandelt nr. 5 de doelstellingen die een partij kan nastreven met het instellen van een vordering tot nietigverklaring of ontbinding. Nr. 6 gaat dieper in op de feitelijke resultaten die een partij zoal kan nastreven met die vorderingen, waardoor het mogelijk wordt om de eerdere rechtspraak van het Hof van Cassatie te duiden (B).

A. Het voorwerp van de vordering, in het bijzonder bij vorderingen tot nietigverklaring, ontbinding en restitutie

3. Strikt verbod, maar doelgebonden ingevuld – De afgelopen jaren is veel inkt ingevloeid over het verbod voor de rechter om het voorwerp van de vordering te wijzigen. Traditioneel wordt dat verbod strikt ingevuld. Behoudens gevallen waarin de wet in specifieke gevallen de rechter de mogelijkheid biedt (of zelfs ertoe verplicht) meer en/of anders toe te kennen dan gevorderd is en gevallen waarin omwille van het belang van het kind versoepelingen zijn erkend, is het verbod absoluut.⁶ Zelfs wanneer de openbare orde in het geding is, is het de rechter niet toegestaan om een uitspraak *ultra* of *extra petita* te doen (zie art. 1138, 2° Ger.W.).⁷ De hamvraag is hoe het begrip ‘voorwerp van de vordering’ precies moet worden ingevuld. Om deze tekst niet nodeloos te verzwaren, verwijs ik graag naar de recente en uitstekende studie over de evolutie van een juridische naar een feitelijke invulling van het voorwerp van Jean-

⁵ C.20.0373.N, elders in deze aflevering gepubliceerd. Jean-François van Drooghenbroeck meent eveneens dat het Hof met dit arrest terugkeert op het arrest van 4 september 2020: J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’annulation d’office dun contract par le juge” (noot onder Cass. 10 februari 2022), *Les Pages* 2023, afl. 151, nr. 7.

⁶ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 12, nr. 6 en de verwijzingen daar in voetnoten 10 tot en met 14. Over de wettelijke uitzonderingen in dit verband, zie ook B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 241, nr. 210.

⁷ Cass. 28 september 2012, C.12.0049.N.; Cass. 14 februari 2011, S.10.0115.F; Cass. 21 juni 2001, C.00.0137.N. Zie ook J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 13 en de talrijke verwijzingen naar rechtsleer in voetnoot 15; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 233 e.v., nr. 116 en de verwijzingen daar; J. LINSMEAU en X. TATON, “Le principe dispositif et l’activisme du juge” in *Finalité et légitimité du droit judiciaire*, Brugge, die Keure, 2005, (103) 107, nr. 10 en vn. 25.

François van Drooghenbroeck in de *Revue Critique de Jurisprudence Belge* naar aanleiding van cassatiearresten van 14 december 2017 en 9 maart 2018.⁸ Daarin komt de auteur tot het volgende besluit: “Dans tous les cas, le juge devra, au-delà des qualifications juridiques impropres suggérées par le demandeur, chercher à identifier les fins concrètement poursuivies par son action [...]. En posant que l’« objet est le résultat factuel » que le demandeur en justice « attend » ou « recherche », il nous paraît évident [...], jusque dans le choix de ses verbes, que la Cour de cassation confirme ici, en termes nets et limpides, que la conception factuelle de l’objet qui hante heureusement sa jurisprudence depuis 2006 revient finalement à confier au juge un pouvoir d’interprétation téléologique de l’objet de la demande (« *doelgebonden interpretatie van het voorwerp* »).⁹ De rechter is er bijgevolg toe gehouden het resultaat dat een partij feitelijk nastreeft met haar vordering centraal te plaatsen. Is de rechtsgrond die een partij heeft aangevoerd niet geschikt om het feitelijk nagestreefde resultaat te kunnen toekennen, dan moet de rechter op zoek gaan naar alternatieve rechtsgronden die wel (minstens deels) geschikt zijn. Aldus kan een rechter:

- een vordering tot schadevergoeding op grond van zekere schade (mogelijk) nog gedeeltelijk toekennen op grond van verlies van een kans, indien de schade niet zeker blijkt te zijn;¹⁰
- een vordering tot betaling van achterstallig loon geheel of deels toekennen door de vordering te beschouwen als een vordering tot schadevergoeding (indien de niet-betaling van het loon een misdrijf vormt);¹¹
- een vordering tot schadevergoeding op basis van ongerechtvaardigde verrijking inwilligen op grond van foutaansprakelijkheid;¹²
- een vordering tot teruggave van overgemaakte gelden inwilligen op basis van ongerechtvaardigde verrijking indien de eiser niet slaagt in het bewijs van zijn aanvoering dat de verweerder een contractuele plicht tot belegging had die een terugbetalingsverbintenis omvatte.¹³

Met elk van die vorderingen streeft de eiser naar een veroordeling van de verweerder tot betaling van een geldsom. Het bedrag dat de eiser concreet verlangt, vormt voor de rechter een ondoorbreekbaar plafond.¹⁴

⁸ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 13 e.v. en de talrijke verwijzingen daar.

⁹ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 28, nr. 28.

¹⁰ Cass. 9 maart 2018, C.17.0517.F: “Le juge qui, saisi d’une demande tendant à la réparation du dommage né de la non-réalisation d’un avantage ou de la réalisation d’un désavantage, accorde au demandeur la réparation de la perte de la chance d’obtenir cet avantage ou d’éviter ce désavantage ne modifie pas l’objet de la demande”. Zie over dat arrest ook S. GOLDMAN en R. JAFFERALI, “La perte d’une chance à la croisée des chemins - Évolutions et applications jurisprudentielles” (noot onder Cass. 9 maart 2018), *TBBR* 2019, (191) 191 e.v.

¹¹ Cass. 23 oktober 2006, S.05.0010.F.

¹² Cass. 5 september 2013, C.12.0599.N.

¹³ Cass. 14 juni 2021, C.20.0438.N.

¹⁴ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 27, nr. 27: “Dans toutes ces hypothèses, qu’importent les différences de régime juridique entre la qualification proposée par le demandeur et celle retenue par le juge, puisque et pourvu que ce dernier demeure rivé au résultat factuel recherché par le demandeur : la somme postulée comme plafond infranchissable [...]”.

4. Nietigheid, ontbinding en restitutie – Omdat de arresten die later in deze bijdrage aan bod komen handelen over de verhouding tussen enerzijds nietigheid en ontbinding en anderzijds restitutie, is het nodig de verhouding tussen vorderingen tot nietigverklaring of ontbinding en vorderingen tot restitutie te duiden.

Er bestaat discussie over de manier waarop een vordering tot nietigverklaring en een vordering tot restitutie zich tot elkaar verhouden.¹⁵ Volgens een bepaald deel van de rechtsleer is de vordering tot restitutie virtueel inbegrepen in de vordering tot nietigverklaring.¹⁶ Andere auteurs zijn het daar niet mee eens. Rafaël Jafferli voert een drietal tegenargumenten aan.¹⁷ Ten eerste zijn de regels over de omvang van de restitutie van een dergelijke complexiteit dat het loutere feit dat een vordering tot nietigverklaring is ingesteld, het niet mogelijk maakt om nauwkeurig vast te stellen wat het voorwerp van de daarin inbegrepen restitutievordering zou zijn. Ten tweede kan de partij die de nietigverklaring vordert ook beslissen om geen restitutie te vorderen, om te vermijden dat die zelf tot restitutie zou worden veroordeeld. Ten derde doet zich een complicatie voor wanneer het restitutievoorwerp in de tussentijd overgemaakt zou zijn aan een derde. In dat geval zou die derde naar aanleiding van de revindicatievordering bij het proces moeten worden betrokken, wat de rechter niet ambtshalve mag doen (art. 811 Ger.W.). Een soortgelijke discussie doet zich ook voor met betrekking tot de verhouding tussen een vordering tot ontbinding en een vordering tot restitutie. Ook hier menen bepaalde auteurs dat de vordering tot restitutie virtueel inbegrepen zou zijn in de vordering tot ontbinding.¹⁸ Een cassatiearrest van 21 april 1995¹⁹ heeft een ander standpunt ingenomen. Daarin heeft het Hof immers geoordeeld “[d]at bij ontstentenis van vordering van eiseres tot teruggave van de transportband, de appelrechters die de vordering tot ontbinding van de overeenkomst gegrond verklaren, verweester niet tot die teruggave dienden te veroordelen.” Rafaël Jafferli meent dat men nog een stap verder kan gaan dan het Hof en dat de feitenrechter niet de bevoegdheid heeft om een niet-gevorderde restitutie toe te kennen.²⁰

De stellingen die Rafaël Jafferli in dit debat heeft ingenomen, zijn overtuigend. Mij lijkt het inderdaad zo te zijn dat de vordering tot nietigverklaring of ontbinding virtueel zijn inbegrepen in de vordering tot restitutie, omdat (en in de mate dat) de nietigverklaring of ontbinding een noodzakelijke voorwaarde is opdat de restitutievordering gegrond kan worden verklaard. Het

¹⁵ Zie over de discussie ook C. BOTMAN, “L’office du juge face au contrat entaché d’une cause de nullité (absolue) et aux restitutions”, *JT* 2022, (641) 645 e.v., nr. 13 (ii); P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1 - Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 375 e.v., nr. 344-1.

¹⁶ Zie bv. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 212, nr. 326; L. CORNELIS, “Strijdigheid met de openbare orde: bloed, zweet en tranen” (noot onder Cass. 4 september 2020), *RW* 2020-21, (1625) 1627, nr. 7; T. STAROSSELETS, “Effet de la dissolution ex tunc” in P. WÉRY (ed.), *La fin du contrat*, Luik, CUP, 2001, (195) 210, nr. 11.

¹⁷ R. JAFFERLI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 540 e.v., nr. 252 en de verwijzingen daar in voetnoot 2340.

¹⁸ Zie bv. I. MOREAU-MARGRÈVE, noot onder Kh. Luik 2 januari 1967, *JT* 1968, (241) 243 e.v.: “La restitution n’est que l’effet de la résolution; elle ne se situe donc pas, à notre sens, sur un « autre plan » que la résolution elle-même; il y a tout lieu de lui appliquer le concept de *demande virtuelle* dégagé en jurisprudence.” (cursivering in origineel); T. STAROSSELETS, “Restitution des arrérages en cas de résolution d’une vente en viager ou ‘mesure dix fois mais ne coupe qu’une’” (noot onder Cass. 4 juni 2004), *TBBR* 2005, (454) 457, nr. 5: “[A]u niveau procédural, la demande en restitution est considérée comme étant virtuellement comprise dans celle en dissolution.”

¹⁹ C.92.8405.N.

²⁰ R. JAFFERLI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 948 e.v., nr. 421.

eerste tegenargument dat de vermelde auteur heeft aangevoerd, snijdt inderdaad houdt. Bij zijn twee andere argumenten is enige terughoudendheid gepast. Zoals ik hieronder verder toelicht,²¹ kan een partij inderdaad beslissen om slechts een vordering tot nietigverklaring (of ontbinding) in te stellen, zonder restitutie te eisen. Of die partij zelf al dan niet tot restitutie veroordeeld zal worden, lijkt me evenwel een andere vraag waarop het antwoord afhangt van de vordering van de wederpartij. Wat zijn derde argument betreft, bestaat inderdaad de kans dat de potentiële restituteschuldenaar het restitutievoorwerp niet in natura kan teruggeven indien een derde het restitutievoorwerp onder zich houdt. Niets belet hem echter dat voorwerp bij equivalent te restitueren, zodat het gebrek aan betrokkenheid van de derde bij de procedure mogelijk geen bezwaar is.

5. Doelstellingen vordering tot nietigverklaring of ontbinding – Wanneer een partij een vordering tot nietigverklaring of ontbinding instelt, is het mogelijk maar niet noodzakelijk dat zij daarmee restitutie beoogt. In het algemeen kan zij nog drie andere doelstellingen nastreven.²² Wanneer zij een vordering tot nietigverklaring of ontbinding instelt als tussenstap om restitutie te verkrijgen, dan gebruikt zij die vorderingen als het ware als een zwaard. Zij kan die vorderingen echter ook als ‘schild’ gebruiken,²³ dus met als doel om een vordering tot nakoming van een andere partij af te weren. Dat kan bijvoorbeeld interessant zijn als zij zelf geen reden ziet om iets aan de feitelijke toestand van dat moment iets te veranderen. Zeker bij een vordering tot nietigverklaring zijn er nog twee andere doelstellingen die een partij kan nastreven. Ten eerste kan iemand ook een beroep doen op een (relatieve) nietigheid om (louter) tijdig en onherroepelijk te kiezen tussen geldigheid en ongeldigheid. Ten tweede kadert de vordering tot nietigverklaring niet steeds binnen de vraag of de ene partij een bepaalde prestatie (restitutie dan wel nakoming) kan vorderen van de wederpartij. Soms kan een vordering tot nietigverklaring louter tot doel hebben om een partij duidelijkheid te verschaffen over haar rechtstoestand. B kan er bijvoorbeeld mee dreigen om binnenkort de contractueel bedongen schadevergoeding op te eisen indien A nalaat om op het overeengekomen tijdstip de afgesproken prestatie te leveren. A stelt het proces niet zozeer in om van B iets gedaan te krijgen, maar om voor recht te horen zeggen dat A’s toestemming inderdaad aangetast is door een toestemmingsgebrek en er bijgevolg geen verplichting op hem rust. Als dat het geval blijkt te zijn, kan A in alle rust de dreigementen van B langs zich heen laten gaan. In dergelijke gevallen is de vordering tot nietigverklaring een declaratoire vordering (art. 18, tweede lid Ger.W.).

²¹ Zie *infra*, nr. 5.

²² De onderstaande bespreking herneemt deels F. PEERAER, “Nietigheid” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, (483) 509, nr. 703. Zie daarover uitgebreid R. JAPIOT, *Des nullités en matière d’actes juridiques – Essai d’une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 388-507; *RPDB*, v° *Nullité*, nrs. 278-392; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 459 e.v., nr. 504 e.v.; F. PEERAER, “Verjaring en nietigheid: een valse vriendschap met diepe wortels”, *RW* 2018-19, (1084) 1094, nr. 19 e.v.

²³ Voor de metafoor van het zwaard en het schild, zie F. PEERAER, “De taak van de rechter bij het toepassen van normen van openbare orde: minder vanzelfsprekend dan het lijkt” (noot onder Cass. 17 maart 2016), *TBBR* 2017, (361) 364, nr. 8.

6. Doelstellingen en feitelijk nagestreefde resultaten – Aangezien het voorwerp van de vordering doelgebonden wordt ingevuld, is het nodig om na te gaan welke feitelijke resultaten een partij zoal nastreeft wanneer zij een vordering tot nietigverklaring of ontbinding instelt. Dat kan niet *in globo* worden bepaald, maar hangt samen met de specifieke doelstelling die een partij heeft.

Gebruikt een partij nietigheid of ontbinding, al dan niet expliciet,²⁴ als ‘zwaard’ en dus als tussenstap om restitutie te eisen, dan is het feitelijk nagestreefde resultaat restitutie, ongeacht of die *in natura* dan wel bij equivalent plaatsvindt. Wat dient de rechter te doen als de overeenkomst bij nader inzien niet is aangetast door een nietigheids- of ontbindingsgrond, maar de rechter wel een geldelijke vergoeding op grond van contractuele wanprestatie kan toekennen aan de partij die restitutie heeft geëist? Volgens Jean-François van Drooghenbroeck kan de rechter in dat geval geen veroordeling tot uitvoering (hetzij *in natura*, hetzij bij equivalent) uitspreken.²⁵ Mij lijkt het af te hangen van de omstandigheden en wat de partij die restitutie eist wel en vooral niet wil bereiken met haar vordering. Wenst zij in geen geval de contractuele verhouding verder te zetten en bijvoorbeeld zelf in de toekomst geen enkele contractuele verbintenis meer te hebben jegens de wederpartij, dan is een veroordeling tot uitvoering inderdaad niet te verenigen met het resultaat dat die partij feitelijk nastreeft. Strekt de vordering tot restitutie er echter slechts toe een geldelijke vergoeding te verkrijgen, ongeacht haar contractuele dan wel buitencontractuele (*in casu* verrijkingsrechtelijke) grondslag, dan schendt de rechter het beschikkingsbeginsel wellicht niet indien die een veroordeling tot uitvoering uitspreekt. De moeilijkheid is uiteraard dat de rechter vaak niet over de vereiste gegevens beschikt om uit te maken wat de partij die restitutie eist, concreet wel en niet wil. Om de nodige duidelijkheid te verkrijgen, zit er vaak niets anders op dan de debatten te heropenen (art. 774 Ger.W.).

Gebruikt een partij nietigheid of ontbinding als ‘schild’ en dus om een vordering tot nakoming af te weren, dan is het feitelijk nagestreefde resultaat de afwijzing door de rechter van de vordering tot nakoming van de wederpartij. Blijkt er geen reden te zijn om de overeenkomst nietig te verklaren, dan is de ontbinding wegens wanprestatie door de wederpartij mogelijk een alternatieve route die de rechter met succes kan bewandelen om dat feitelijk nagestreefde resultaat te bereiken. Omgekeerd kan in deze hypothese de nietigverklaring een geschikt alternatief zijn voor de ontbinding, maar zeker bij absolute nietigheidsgronden zal de rechter sowieso verplicht zijn die op te werpen zodat de vraag naar de grenzen van het voorwerp van de vordering daar niet bij rijst.

In de andere situaties streeft een partij met een vordering tot nietigverklaring ernaar om op geldige wijze een wilsrecht uit te oefenen²⁶ of om in te werken op de betrokken rechtsverhouding om duidelijkheid te verkrijgen over een bepaalde rechtstoestand.

²⁴ Impliciet kan de nietigverklaring worden gevorderd door een restitutievordering in te stellen, aangezien de vordering tot nietigverklaring m.i. virtueel begrepen is in de vordering tot restitutie: zie *supra*, nr. 4.

²⁵ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 27, nr. 27: “le juge se rendra coupable de méconnaissance de l’objet et du principe dispositif [...] s’il ordonne l’exécution (en nature ou par équivalent) d’un contrat dont l’anéantissement (par résolution ou annulation) est postulé.”

²⁶ Hoewel art. 5.59 BW de mogelijkheid biedt dat de nietigheid in de regel uitwerking krijgt door een kennisgeving, zijn er ook gevallen waarin een vordering vereist is (naast de uitzonderingen die art. 5.59, derde lid BW zelf

B. Eerdere rechtspraak van het Hof van Cassatie

7. **Cass. 28 september 2012**²⁷ – De zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 28 september 2012 betrof het volgende geval. A verwijt B dat die laatste haar verplichting tot levering van twee appartementen (in een gebouw dat B heeft opgetrokken) niet behoorlijk is nagekomen. De appelrechters werpen de vraag op of de betwiste overeenkomsten niet zijn aangetast door een nietigheidsgrond wegens schending van de Woningbouwwet en heropenen de debatten. Beide partijen verklaren dat zij de nietigheid van de overeenkomsten niet nastreven en bevestigen dat zij de uitvoering vorderen, al dan niet bij equivalent. De appelrechters verklaren de overeenkomsten niettemin nietig en gelasten een gerechtsdeurwaarder met het ambtshalve gegeven bevel om het arrest van nietig verklaarde eigendomsoverdracht op het hypotheekkantoor over te schrijven in de rand van de eerder verrichte overschrijvingen van de authentieke verkoopakte die erop betrekking heeft. Bovendien veroordelen ze B tot terugbetaling van de koopprijs die A reeds betaald heeft. Het Hof van Cassatie vernietigt het arrest wegens schending van het beginsel van de autonomie van procespartijen.

Die vernietiging is terecht: als een partij enkel op contractuele basis een betaling van een geldsom wenst te vorderen, dan is de rechter gebonden op een punt, in rechte of in feite, waartoe die partij het debat wil beperken. De taakformule van het Hof van Cassatie verbiedt de feitenrechters immers een betwisting op te werpen waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten. Op basis van de tekst van het arrest en de conclusie van advocaat-generaal Vandewal²⁸ is er weinig informatie over de feitelijke context van de zaak. In de veronderstelling dat A geen teruggave heeft gevorderd van hetgeen zij gepresteerd heeft, is het de rechter inderdaad ook niet toegelaten haar wederpartij tot terugbetaling te veroordelen. In een dergelijk geval moet de rechter zich beperken tot het afwijzen van de vordering voor zover de toekenning ervan gevolgen zou teweegbrengen die indruisen tegen de openbare orde.²⁹

8. **Cass. 1 februari 2019**³⁰ – In de zaak die heeft geleid tot het arrest van 1 februari 2019 stonden deze feiten centraal. KBC staat kredieten toe aan JG, GN en MB. Die kredieten strekken tot de herfinanciering van eerdere kredieten voor de aankoop van diverse onroerende goederen door MB. KBC vordert de uitvoering van de kredietovereenkomsten. GB komt tussen in de procedure en vecht de aankopen door MB aan wegens pauliaans bedrog. De feitenrechters volgen GB daarin: volgens hen kaderen die aankopen inderdaad in een frauduleuze operatie met het oogmerk de verhaalsrechten van GB te benadelen en verklaren om die reden de overeenkomsten tot aankoop van de onroerende goederen nietig. De feitenrechters oordelen

vermeldt). Zie daarover F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 340 e.v., nr. 381; J. VAN DE VOORDE, “De nietigheidssanctie in het Belgische vermogensrecht. Een stand van zaken anno 2023”, *TBBR* 2023, (50) 57, nr. 17.

²⁷ C.12.0049.N.

²⁸ RW 2012-13, 895.

²⁹ Zie uitgebreider F. PEERAER, “De taak van de rechter bij het toepassen van normen van openbare orde: minder vanzelfsprekend dan het lijkt” (noot onder Cass. 17 maart 2016), *TBBR* 2017, (361) 364 e.v., nr. 8 e.v. Zie ook M. VERDICKT, “De taak van de rechter wanneer de openbare orde zich opdringt: het Hof van Cassatie brengt chaos in de chaos” (noot onder 4 september 2020), *RW* 2021-22, (407) 412 e.v., nr. 12 e.v.

³⁰ C.18.0350.N. Zie daarover ook C. BOTMAN, “L’office du juge face au contrat entaché d’une cause de nullité (absolue) et aux restitutions”, *JT* 2022, (641) 644, nr. 10.

vervolgens dat de nietigheid van die overeenkomst ook de nietigheid van alle kredietovereenkomsten tot gevolg heeft, waardoor KBC's vordering tot uitvoering wordt afgewezen. De vraag rijst of KBC's vordering dan wel op restitutierechtelijke grond kan worden ingewilligd. De feitenrechters menen alvast van niet, omdat KBC "geen restitutievordering op grond van de nietigverklaring van de kredietovereenkomst stelt". Het Hof van Cassatie vernietigt die beslissing.

Ook dat oordeel van het Hof verdient navolging. KBC had immers in conclusie aangevoerd dat "een nietigverklaring in beginsel tot gevolg 'zou' hebben dat de partijen in hun oorspronkelijke rechten hersteld worden en dat dit [de verweerders] niet 'zou' vrijstellen om het ontleende kapitaal terug te betalen". Daarmee staat het m.i. vast dat een restitutierechtelijke grondslag voor KBC even aanvaardbaar is als een contractuele. Een bank wenst immers vooral terugbetaling van de verstrekte kredieten te verkrijgen: welke rechtsgrond daarvoor geschikt is, lijkt in de regel van ondergeschikt belang te zijn. Maar zelfs als de conclusie van KBC geen dergelijke toelichting bevatte, was een vernietiging van de bestreden uitspraak op zijn plaats geweest. In dat geval hadden de feitenrechters, desnoods door de debatten te heropenen, moeten polsen bij KBC of terugbetaling ook op niet-contractuele grondslagen overstemde met het door haar feitelijk nagestreefde resultaat.

C. Cass. 4 september 2020

9. Feiten en procedurele antecedenten – Uit het cassatiearrest kunnen de volgende feitelijke en procedurele elementen worden gedestilleerd. Bouwpromotoren sluiten met kopers een overeenkomst over de verkoop van een grond met villa in oprichting. Volgens de kopers is de uitvoering van de werken gebrekkig. Het hof van beroep te Gent moet zich in graad van beroep uitspreken over de kwestie. Aangezien dat hof de indruk krijgt dat bij die overeenkomst geen architect betrokken is, rijst de vraag of de overeenkomst niet in strijd is met artikelen 4 en 6 van de wet van 20 februari 1939 op de bescherming van den titel en van het beroep van architect³¹ en bijgevolg aangetast is door een absolute nietigheidsgrond. Volgens Ludo Cornelis, die het bestreden arrest heeft kunnen analyseren, heeft dat arrest vastgesteld dat "een architect het ontwerp van woning had opgesteld, maar dat zijn tussenkomst tijdens de uitvoering van het werk (o.m. bij de voorlopige oplevering) onbewezen bleef"³². Het hof heropent de debatten. Geen van de partijen vordert de nietigverklaring; elke partij behoudt daarentegen haar oorspronkelijke eis tot nakoming: de bouwpromotoren vorderen de betaling van een openstaand bedrag van 863,38 euro; de kopers vorderen uitvoering bij equivalent (meer bepaald een schadevergoeding van 18.253,39 euro). Het hof komt tot het besluit dat de overeenkomst nietig is, wijst de vorderingen tot nakoming af en past de gevolgen van de nietigheid toe. Dat houdt volgens het hof in dat partijen moeten worden teruggeplaatst in de toestand alsof de overeenkomst nooit was gesloten, zodat partijen over en weer moeten teruggeven – desnoods bij equivalent indien teruggave in natura onmogelijk is of de eis daartoe rechtsmisbruik zou uitmaken – wat zij ter uitvoering hebben ontvangen. Aangezien de verrichte werkzaamheden niet vatbaar zijn voor teruggave in natura, oordeelt het hof dat een verrekening dient te worden

³¹ BS 25 maart 1939, 1942.

³² L. CORNELIS, "Strijdigheid met de openbare orde: bloed, zweet en tranen" (noot onder Cass. 4 september 2020), RW 2020-21, (1625) 1626, nr. 4.

opgemaakt op basis van de beginselen van de vermogensvermeerdering zonder oorzaak. Op grond daarvan veroordeelt het hof de bouwpromotoren tot betaling van een bedrag van 18.253,39 euro, wat overeenstemt met het bedrag dat de kopers hebben gevorderd als schadevergoeding voor gebrekkige uitvoering.

Een van de bouwpromotoren tekent cassatieberoep aan. Het middel dat die heeft aangevoerd, is niet publiek toegankelijk gemaakt. Niettemin is duidelijk dat die partij onder meer heeft aangevoerd dat het hof van beroep te Gent het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging heeft miskend en artikel 1138, 2° Ger.W. heeft geschonden.

Het Hof van Cassatie volgt de bouwpromotor in die argumentatie en vernietigt de bestreden uitspraak omdat het hof van beroep te Gent de omvang van de restitutie niet aan tegenspraak heeft onderworpen.

10. Nietigheid of onwerkzaamheid? – In de tweede overweging van dit arrest koppelt het Hof van Cassatie de overtreding van de openbare orde aan de nietigheidssanctie. In de veronderstelling dat Ludo Cornelis' schets van het bestreden arrest klopt, moet hij worden bijgetreden wanneer hij stelt dat hier eigenlijk geen nietigheidsgrond voorhanden is.³³ Als artikelen 4 en/of 6 van de wet van 20 februari 1939 geschonden zijn doordat een architect initieel wel het ontwerp had opgesteld, maar bij de uitvoering niet betrokken zou zijn geweest, dan was er inderdaad op het moment van de totstandkoming van de overeenkomst geen probleem. Klassiek wordt de nietigheid immers omschreven als een sanctie voor gebreken die zich voordoen ten tijde van de totstandkoming (en die tot gevolg heeft dat de rechtshandeling de beoogde gevolgen niet teweegbrengt).³⁴ Naar mijn mening is een dergelijke overeenkomst dan ook niet zozeer aangetast door een nietigheidsgrond, maar door een 'onwerkzaamheidsgrond'.³⁵ Qua regime zijn er evenwel geen redenen om een onderscheid te maken tussen beide soorten gronden, zodat de bestempeling van de niet-betrokkenheid van de architect bij de uitvoering als nietigheidsgrond niet tot inhoudelijke problemen leidt.

11. Principeoverweging: gespierde taal – In vergelijking met zijn eerdere rechtspraak voert dit arrest op het eerste gezicht een radicale vernieuwing door. De vierde overweging is duidelijk: als de rechter ambtshalve de nietigheid heeft opgeworpen wegens strijdigheid met de openbare orde, mag die de overeenkomst – na heropening van de debatten – ambtshalve nietig verklaren en restitutie bevelen, ook als geen van de partijen die nietigheid heeft gevorderd. In zijn jaarverslag verduidelijkt het Hof van Cassatie dat het met die overweging een stap verder gaat ten opzichte van zijn eerdere rechtspraak.³⁶

³³ Zie L. CORNELIS, "Strijdigheid met de openbare orde: bloed, zweet en tranen" (noot onder Cass. 4 september 2020), *RW* 2020-21, (1625) 1626, nr. 4.

³⁴ Over de hedendaagse meerderheidsopvatting, zie uitgebreid F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 120 e.v., nr. 144 e.v.

³⁵ Zoals eerder in dit tijdschrift toegelicht met betrekking tot het niet-naleven van een bouwvergunning tijdens de uitvoeringsfase: zie F. PEERAER, "De impact van de afwezigheid van een geldige bouwvergunning op de schadevergoedingsvorderingen van aannemer en bouwheer", *TBBR* 2019, (613) 620, nrs. 14-15. Voor een schets van een aantal werkzaamheidsvereisten, zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 274 e.v., nr. 313.

³⁶ *Jv.Cass.* 2020, 114: "Thans gaat het Hof een stap verder [...]".

Opmerkelijk is dat het Hof in zijn jaarverslag bij die principesooverweging in voetnoot verwijst naar Ludo Cornelis' *Openbare orde*.³⁷ In dat boek argumenteert de vermelde auteur dat de nietigverklaring meteen ook impliceert dat de rechter “alle daarmee gepaard gaande rechtsgevolgen”³⁸ (zoals de restitutie van de eventueel geleverde prestaties) oplegt. Ter verantwoording verwijst hij naar de behoefte aan coherentie³⁹, aangevuld met het belang dat de ongeoorloofde toestand volledig verdwijnt⁴⁰. Steun voor die opvatting meent hij te kunnen vinden in een arrest van het Hof van Cassatie van 3 september 2013⁴¹, waarin beslist werd dat de strafrechter (op basis van art. 161 Sv.) ambtshalve tot teruggave moet overgaan omdat die teruggave de openbare orde raakt.

Het is onduidelijk of het Hof van Cassatie zich schaart achter het pleidooi van Ludo Cornelis en van oordeel is dat feitenrechters stelselmatig, bij schendingen van de openbare orde, niet-gevorderde restituties ambtshalve mogen toekennen (met eerbiediging van het recht op tegenspraak). Mocht het Hof een dergelijk standpunt innemen, dan zou het daarmee terugkomen op vaststaande rechtspraak die verbiedt om het voorwerp van de vordering te wijzigen.⁴² Een aanwijzing dat het Hof inderdaad die mening zou kunnen delen, is te vinden in de persoon van sectievoorzitter Eric Dirix, die verslag heeft gegeven bij dit arrest. Uit zijn geschriften blijkt dat hij vertrouwd is met het werk van Ludo Cornelis (waar hij overigens terechte bedenkingen bij heeft). Op de kritiek van Ludo Cornelis dat het begrip ‘openbare orde’ werd uitgekleed en geen soelaas meer biedt, heeft Eric Dirix geantwoord dat het begrip ‘openbare orde’ behouden werd

³⁷ Meer bepaald naar “L. CORNELIS, *Openbare orde*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 671 e.v.” Voor een bespreking van dat werk, zie bv. F. PEERAER, “De openbare orde als ruggengraat van de juridische methode? Enkele bedenkingen bij Ludo Cornelis' *Openbare orde*”, *TPR* 2019, (661) 661 e.v. De hiernavolgende zinnen zijn bijna letterlijk overgenomen uit die bespreking, meer bepaald uit nr. 14.

³⁸ L. CORNELIS, *Openbare orde. Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 3.196: “Wanneer de rechtsregels van dwingend/imperatief recht buiten beschouwing worden gelaten, dan kan integendeel niet ernstig worden betwist dat rechter die de – niet aangevoerde – miskening van gebiedend/verbiedend recht vaststelt, alle daarmee gepaard gaande rechtsgevolgen moet opleggen, vermits die rechtsgevolgen eveneens de openbare orde aanbelangen.”

³⁹ L. CORNELIS, *Openbare orde. Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 3.196: “Het zou onsamenhangend zijn dat de rechter een overeenkomst wegens strijdigheid met het gebiedende/verbiedende recht absoluut nietig verklaart, maar dat de partijen over de rechtsgevolgen van die beslissing zouden kunnen beschikken. De door de absoluut nietige overeenkomst in het leven geroepen toestand zet immers de aantasting van het gebiedende/verbiedende recht voort.”

⁴⁰ L. CORNELIS, *Openbare orde. Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 3.196: “Om de – ongeoorloofde – toestand volledig te doen verdwijnen, is het onvoldoende dat de absolute nietigheid van de overeenkomst wordt vastgesteld. Haar rechtsgevolgen moeten eveneens verdwijnen en worden slechts ongedaan gemaakt, wanneer het herstel in de oorspronkelijke toestand wordt opgelegd. Op het vlak van het gebiedende/verbiedende recht is de enkele nietigverklaring zonder herstel in de oorspronkelijke toestand een slag in het water. Zolang de rechtsgevolgen van de nietige overeenkomst zich blijven voordoen, blijft de openbare orde aangetast en raken de partijen daarmee weg.”

⁴¹ P.10.1836.N.

⁴² In die zin A. HENDRICKX, “De ambtshalve toepassing van bewijsregels, een taak voor de actieve rechter. Een algemene, bijzondere en rechtsvergelijkende analyse van de taakverdeling tussen rechter en partijen in het licht van de cassatierechtspraak en het nieuwe bewijsrecht”, *TPR* 2020, (509) 520: “Het Hof van Cassatie lijkt in dit arrest op zijn jaren lange vaststaande cassatierechtspraak over het verbod om het voorwerp van de vordering te wijzigen, terug te komen. Uit dit arrest blijkt immers dat de rechter het voorwerp van de vordering wel mag wijzigen. De toekomst zal evenwel moeten uitwijzen of dit arrest een werkelijke ommekeer in de cassatierechtspraak op dit punt uitmaakt.”

in het BW en dat de rechter “nu al over de nodige armslag [beschikt] (ook onder huidig recht: Cass. 4 september 2020, C.19.0613.N)”⁴³. De expliciete verwijzing naar dat arrest in een bijdrage die iets meer dan een maand nadien verscheen (namelijk op 7 oktober 2020), kan doen vermoeden dat Eric Dirix mogelijk reeds bij de verslaglegging van oordeel was dat de rechter inderdaad voldoende daadkrachtig moest kunnen optreden bij overtredingen van openbare orde.

12. Tegenspraak – Het Hof van Cassatie heeft de bestreden uitspraak vernietigd omdat het hof van beroep te Gent de omvang van de restitutie niet aan tegenspraak heeft onderworpen. Terecht beklemtoont het Hof het belang van tegenspraak.⁴⁴ Partijen moeten inderdaad de gelegenheid hebben om hun visie te geven over de omvang van de restituties.

Bij de toepassing van dat idee in deze zaak kunnen echter vraagtekens worden geplaatst. *In casu* heeft het hof van beroep te Gent de debatten heropend om partijen toe te laten te reageren op de mogelijkheid dat de overeenkomst in strijd is met artikelen 4 en 6 van de wet van 20 februari 1939 en bijgevolg aangetast is door een absolute nietigheidsgrond. In hun conclusies zijn partijen niet ingegaan op de mogelijke nietigheid en hebben ze ook geen nadere stelling ingenomen over eventuele restituties. Ludo Cornelis heeft gelijk wanneer hij argumenteert dat in dergelijke omstandigheden niet noodzakelijk een miskenning van het recht van verdediging voorligt, want mogelijk hebben partijen wel degelijk een reële reactiemogelijkheid gehad, die ze evenwel niet hebben benut.⁴⁵ Er valt inderdaad wat te zeggen voor de stelling dat het hof van beroep te Gent zijn beslissing in deze zaak heeft gesteund “op elementen waarvan de partijen, gelet op het verloop van het debat, mochten verwachten dat de rechter ze in zijn oordeel zou betrekken en waarover zij tegenspraak hebben kunnen voeren partijen”⁴⁶. Maartje Verdickt deelt die mening niet: volgens haar moet de rechter bij de ambtshalve heropening van het debat “immers duidelijk aangeven waarom het debat [wordt] heropend en zal de heropening tot deze onderwerpen worden beperkt [...] Bijgevolg kan worden aangenomen dat de partijen verrast werden door de veroordeling tot het betalen van een reeds in omvang bepaalde restitutieverbintenis, zonder dat ze hierover hun opmerkingen konden laten gelden.”⁴⁷

De vraag is hoe de heropening precies was geformuleerd, aangezien die formulering toelaat uit te maken of partijen hadden moeten kunnen inschatten dat ook de omvang van de restituties ter discussie stond. Hoe dan ook lijkt het van belang de heropeningsbeslissing niet al te beperkt te formuleren (en te interpreteren). De beslissing van het Hof van Cassatie heeft in dit geval als

⁴³ E. DIRIX, “Nieuw BW: belangrijke rol in streven naar verdelende rechtvaardigheid”, *De Juristenkrant* 2020, (11) 11.

⁴⁴ Zie daarover ook J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 33 e.v., nr. 36 e.v., waar de auteur terecht wijst op de proceseconomische voordelen van een interactief debat. Zie ook M. VERDICKT, “De taak van de rechter wanneer de openbare orde zich opdringt: het Hof van Cassatie brengt chaos in de chaos” (noot onder 4 september 2020), *RW* 2021-22, (407) 408, nr. 6 e.v.

⁴⁵ L. CORNELIS, “Strijdigheid met de openbare orde: bloed, zweet en tranen” (noot onder Cass. 4 september 2020), *RW* 2020-21, (1625) 1627, nr. 7.

⁴⁶ Die principsoverweging is vaste cassatierechtspraak: zie Cas. 7 mei 2020, C.19.0109.N; Cass. 27 september 2018, C.16.0138.F-C.16.0375.F; Cass. 28 juni 2018, C.17.0696.N; Cass. 23 maart 2017, C.15.0232.F; Cass. 2 maart 2015, C.14.0229.F; Cass. 25 maart 2013, C.12.0037.N; Cass. 29 september 2011, C.10.0349.N.

⁴⁷ M. VERDICKT, “De taak van de rechter wanneer de openbare orde zich opdringt: het Hof van Cassatie brengt chaos in de chaos” (noot onder 4 september 2020), *RW* 2021-22, (407) 410, nr. 8.

resultaat dat de feitenrechters de debatten voor een tweede keer hadden moeten heropenen. Het is maar de vraag of een dergelijke tweede heropening, gelet op de eerste heropening, geen buitensporige gevolgen heeft, zoals de verlenging van de duur van de procedure en de bijbehorende verhoging van de kostprijs voor de gedingvoerende partijen (en de maatschappij).

13. Moeten of mogen? – Met zijn uitspraak oordeelt het Hof van Cassatie dat de feitenrechter de overeenkomst nietig *mag* verklaren en de restitutie *mag* bevelen. Daarmee doet het Hof uitschijnen dat het louter gaat om een mogelijkheid voor de rechter en dat die daar dus niet toe verplicht is. Zonder hier al stelling in te nemen over het antwoord op de vraag of die uitspraak navolging verdient,⁴⁸ gaat het m.i. wel degelijk om een verplichting. Eerdere cassatiearresten⁴⁹ gingen in het verleden uit van een verplichting, aangezien zij de bestreden uitspraken vernietigden omdat de feitenrechter het voorwerp van de vordering niet zijn juiste juridische kwalificatie had gegeven.⁵⁰ De taakformule van het Hof bepaalt immers dat de rechter ertoe gehouden is het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop toepasselijke rechtsregels en dat de rechter de verplichting heeft, mits eerbiediging van het recht van verdediging, ambtshalve de rechtsgronden op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen. Indien het louter ging om een mogelijkheid voor de feitenrechter, zou diens beslissing niet kunnen worden vernietigd als de feitenrechter geen gebruik heeft gemaakt van die mogelijkheid.⁵¹ Gelet op die rechtspraak hoeft het niet te verbazen dat rechtsgeleerde auteurs⁵², waaronder de Eerste Voorzitter van het Hof van Cassatie⁵³, uitgaan van een verplichting (en niet van een loutere mogelijkheid).⁵⁴ Jean-François van Drooghenbroeck voegt daaraan toe dat een loutere mogelijkheid tot gevolg zou hebben dat rechtszoekenden verplicht worden zich te keren tegen hun advocaat, in de veronderstelling dat die nalatig zou zijn geweest. Hij stelt terecht dat het onduidelijk is of dergelijke aansprakelijkheidsvorderingen “soient de nature à servir convenablement l’idéal, l’administration et l’image de la Justice”⁵⁵. Tot slot verwijst dezelfde

⁴⁸ Dat is volgens mij niet het geval: zie *infra*, nr. 14 e.v.

⁴⁹ Cass. 20 april 2009, S.08.0015.N en Cass. 10 februari 2014, C.13.0381.N.

⁵⁰ In dezelfde zin J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 38 e.v., nr. 50.

⁵¹ Zie ook J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 39, nr. 50 en de verwijzingen daar. Zie ook B. WYLLEMAN, “De verplichting van de burgerlijke rechter om ambtshalve rechtsgronden op te werpen”, *Jv.Cass.* 2017, (171) 176 en 182.

⁵² In die zin bv. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 37 e.v., nr. 47 e.v.; L. CORNELIS, “Strijdigheid met de openbare orde: bloed, zweet en tranen” (noot onder Cass. 4 september 2020), *RW* 2020-21, (1625) 1627, nr. 7.

⁵³ B. DECONINCK, “Le métier de juge aujourd’hui”, *JT* 2019, (847) 848: “[...] le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux [...] il est au pouvoir du juge, c’est même son devoir de suppléer d’office [...] aux moyens invoqués.”

⁵⁴ Zie ook de talrijke verwijzingen naar Franse rechtsleer in dezelfde zin bij J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 14, vn. 20.

⁵⁵ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 38, nr. 47.

auteur naar art. 23 Ger.W., zoals gewijzigd door de wet van 19 oktober 2015.⁵⁶ Sindsdien verhindert het gezag van gewijsde dat een partij voor een tweede maal een vordering kan instellen die berust op dezelfde oorzaak, maar daarvoor een nieuwe rechtsgrond inroept. In de memorie van toelichting is expliciet toegelicht dat die wijziging van art. 23 Ger.W. geen onevenredige beperking van de rechten van de partijen beoogt.⁵⁷ Zo'n onevenredige beperking lijkt wel voor te liggen indien een partij onhandig een verkeerde rechtsgrond aanvoert, overgeleverd is aan de discretionaire welwillendheid van de feitenrechter om de juiste rechtsgrond toe te passen en geen herkansingsmogelijkheid heeft als de feitenrechter beslist om de juiste rechtsgrond niet toe te passen.⁵⁸

14. Twee fundamentele bedenkingen – De nieuwe principsoverweging van het Hof van Cassatie in deze zaak verrast om twee redenen. Ten eerste vroeg deze zaak eigenlijk niet om die principsoverweging en ten tweede lijkt de principsoverweging zelf ofwel louter symbolisch ofwel in beginsel⁵⁹ niet bij machte om effectief bij te dragen aan de verwezenlijking van het normdoel.

In dit geval hebben de kopers een geldbedrag gevorderd van 18.253,39 euro als schadevergoeding voor gebrekkige uitvoering. In de veronderstelling dat de overeenkomst rechtsgeldig was, baseren zij die vordering op de contractuele aansprakelijkheid van de bouwpromotoren en vorderen zij dat die laatsten veroordeeld worden tot uitvoering van hun verbintenissen bij equivalent. Vermoedelijk streven de kopers met die vordering niets meer of minder na dan een geldbedrag dat neerkomt op het verschil tussen wat zij hebben betaald voor de woning in aanbouw en de waarde van wat zij daadwerkelijk hebben ontvangen. Als dat inderdaad het feitelijk nagestreefde resultaat is, was er geen nieuwe principsoverweging van het Hof van Cassatie nodig om de feitenrechters toe te laten (of zelfs te verplichten) dat geldbedrag toe te kennen op verrijktorechtelijke gronden. Of het bedrag nu wordt toegekend als uitvoering bij equivalent dan wel als restitutie van een onverschuldigde prestatie, voor de kopers maakt dat feitelijk wellicht geen verschil.⁶⁰

Indien het Hof van Cassatie de visie van Ludo Cornelis tot de zijne heeft gemaakt en bij schending van normen van openbare orde feitenrechters toelaat om niet-gevorderde restituties toe te kennen, dringt zich nog een tweede bedenking op. Uit de geschriften van Ludo Cornelis blijkt dat een dergelijke uitzondering op het beginsel van de autonomie van partijen vereist zou zijn om te vermijden dat “de enkele nietigverklaring zonder herstel in de oorspronkelijke

⁵⁶ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 41 e.v., nr. 53.

⁵⁷ Memorie van toelichting bij wetsontwerp houdende wijziging van het burgerlijk procesrecht en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *Parl.St. Kamer*, 2014-15, 54-1219/001, 5: “Zoals de Raad van State opmerkt in zijn advies, staat deze aanpassing toe, in het licht van de verplichting van de rechter om indien daartoe aanleiding bestaat de juridische grondslag van een vordering te herkwalficeren, zonder echter het voorwerp of de oorzaak ervan te wijzigen, de doelmatigheid van de rechtspleging te verbeteren zonder de rechten van de partijen onevenredig te beperken.”

⁵⁸ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 14 december 2017 en Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 42, nr. 53 en de verwijzingen daar naar Franse rechtsleer in soortgelijke zin.

⁵⁹ Voor een mogelijke uitzondering, zie *infra*, nr. 16, laatste alinea.

⁶⁰ Zie ook *supra*, nr. 6.

toestand een slag in het water”⁶¹ is. Hoe nobel en terecht de drang om op te treden tegen overtredingen van normen van openbare orde ook is, het kan worden betwijfeld of het ambtshalve uitspreken van een niet-gevorderde restitutie daartoe een dienstig instrument is. Stel: A en B sluiten een overeenkomst en leveren over en weer prestaties. A verwijt aan B dat die laatste haar verbintenissen gebrekkig heeft uitgevoerd en vordert uitvoering in natura. De feitenrechter meent dat de overeenkomst in strijd is met de openbare orde en zal dus in elk geval de vordering tot nakoming afwijzen. Als we veronderstellen dat A en B op geen enkele wijze geïnteresseerd zijn in restitutie, dan is een veroordeling van partijen tot restitutie slechts een symbolische daad. Als een schuldenaar zijn verbintenis niet nakomt en zijn schuldeiser zijn recht op nakoming niet wenst af te dwingen, dan verandert de rechterlijke veroordeling van de schuldenaar tot nakoming van zijn verbintenis niets aan die realiteit.

Dat is mogelijk anders wanneer minstens een van de partijen eigenlijk wel interesse heeft in restitutie, maar er niet aan gedacht heeft een dergelijke eis in rechte te formuleren. Het ambtshalve uitspreken van een niet-gevorderde restitutie zou een dergelijke vergetelheid kunnen opvangen. De vraag is evenwel of een dergelijke ambtshalve uitspraak effectief bijdraagt aan de verwezenlijking van de doelstelling van de overtreden norm. De Memorie van Toelichting van het wetsontwerp op de bescherming van den titel en van het beroep van architect beklemtoont het belang van de veiligheid van gebouwen.⁶² Stel dat de uitvoering van de werkzaamheden zonder betrokkenheid van een architect leidt tot een gevaarlijk gebouw, wat een toestand in strijd met de openbare orde is. Om die feitelijke strijdigheid te verhelpen, zijn publiekrechtelijke herstelmaatregelen (eventueel in combinatie met doeltreffende en afschrikkende individuele sancties tegen de verantwoordelijke partij[en]) nuttig en nodig.⁶³ Het is onduidelijk op welke wijze het ambtshalve uitspreken van een niet-gevorderde restitutie dienstig is om de veiligheid van het gebouw te bevorderen. Sterker nog, het is zelfs niet uitgesloten dat het ambtshalve bevelen van restitutie *de facto* een helpende hand reikt aan een partij die (mede) verantwoordelijk is voor de afwezigheid van een architect bij de uitvoering van de werkzaamheid, waardoor een ambtshalve restitutiebevel afbreuk zou kunnen doen aan het normdoel. Kort gezegd: het ambtshalve bevelen van restitutie lijkt niet bij machte om effectief bij te dragen aan het verhelpen van de strijdigheid met de openbare orde. Mogelijk zou een dergelijk bevel zelfs contraproductief kunnen zijn.

⁶¹ Zie het citaat vermeld in vn. 40.

⁶² Zie *Parl.St.* Kamer 1936-37, nr. 236, beschikbaar via www.dekamer.be/digidoc/DPS/K3115/K31151241/K31151241.pdf (laatst geraadpleegd op 14 april 2023), waar de volgende toelichting uit een wetsvoorstel uit 1924 wordt hernomen: “Het volstaat niet dat het Burgerlijk Wetboek en het Strafwetboek verantwoordelijkheden bepalen en straffen uitvaardigen tegen hem wiens onwetendheid, zorgeloosheid, onachtzaamheid de oorzaak zijn van het gebrek waarvan het gebouw zal aangedaan zijn en dat vaak verwonding en dood zal verwekken. De sancties zullen al te dikwijls nietsbeduidend zijn.”

⁶³ Zie daarover F. PEERAER, “De impact van de afwezigheid van een geldige bouwvergunning op de schadevergoedingsvorderingen van aannemer en bouwheer”, *TBBR* 2019, (613) 623, nr. 26.

15. Feiten en procedurele antecedenten – Een cassatiearrest van 10 februari 2022 maakt duidelijk dat het Hof van Cassatie wellicht⁶⁵ niet verder gaat op de weg die het met het arrest van 4 september 2020 mogelijk heeft ingeslagen. De zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat recentste arrest betrof de volgende feiten.⁶⁶ Op 2 mei 2013 koopt MR een wagen bij de toenmalige nv Limauto. Kort na de ingebruikname duiken problemen op met de waterdichtheid van het dak, waarop de wagen wordt binnengebracht bij nv Peugeot België Luxemburg (de invoerder van de wagen) voor nazicht en herstelling. Op 23 maart 2016 wordt het volledige dakpaneel vervangen. Enkele jaren later dagvaardt MR de verkoper: hij eist vernietiging dan wel ontbinding van de koop en veroordeling van de verkoper tot betaling van 32.370,75 euro provisioneel. Uiteindelijk belandt de zaak bij het hof van beroep te Antwerpen, dat op 10 maart 2020 de koop ontbindt en de verkoper veroordeelt tot betaling van een bedrag van 15.381 euro meer interesten. De verkoper en de invoerder tekenen cassatieberoep aan. In het tweede onderdeel van het cassatiemiddel argumenteren zij dat de appelrechters bij het uitspreken van de ontbinding onterecht de koper niet hebben veroordeeld tot teruggave van de wagen (met verrekening van het genot dat de koper van het goed heeft gehad).⁶⁷ Het feit dat de appelrechters hebben vastgesteld dat de verkoper geen teruggave van de wagen heeft gevorderd, doet daaraan volgens hen geen afbreuk. Zij verwijten de appelrechters dat die de ontbinding hebben uitgesproken zonder alle gevolgen daarvan te regelen, inzonderheid de teruggave van de wagen aan de verkoper.

Het Hof van Cassatie volgt die argumentatie niet en oordeelt dat dat onderdeel faalt naar recht. Geheel in lijn met zijn eertijdse rechtspraak beklemtoont het Hof de waarde van de autonomie van procespartijen: “Het algemeen rechtsbeginsel van de autonomie van de procespartijen of het beschikkingsbeginsel houdt in dat het uitsluitend aan de partijen toekomt om te bepalen welke vorderingen zij instellen en dat de rechter slechts over de door de partijen ingestelde vorderingen kan oordelen.”⁶⁸ Wanneer een partij niet impliciet noch expliciet restitutie vordert, is het de rechter niet toegelaten een dergelijke niet-gevorderde restitutie toe te kennen: “Hieruit volgt dat de rechter niet kan oordelen over de restitutie van een prestatie na vernietiging of ontbinding van een overeenkomst wanneer geen vordering tot restitutie werd ingesteld. De rechter heeft evenwel de mogelijkheid om de partijen uit te nodigen standpunt in te nemen over de restitutie en in voorkomend geval een vordering in dat verband in te stellen.”⁶⁹

Die uitspraak van het Hof verdient navolging. Zoals hierboven geargumenteed, lijkt het ambtshalve uitspreken van niet-gevorderde restitutie ofwel louter symbolisch ofwel in beginsel⁷⁰ niet bij machte om effectief bij te dragen aan de verwezenlijking van het normdoel.

⁶⁴ C.20.0373.N.

⁶⁵ Zie *infra*, nr. 17.

⁶⁶ Deze feiten leid ik af uit de cassatievoorziening, beschikbaar via juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220210.1N.5_NL.pdf (laatst geraadpleegd op 14 april 2023).

⁶⁷ De cassatievoorziening verduidelijkt dat de verkoper geen teruggave heeft gevorderd omdat die niet is ingegaan op de mogelijkheid dat de rechter de ontbinding inderdaad zou uitspreken.

⁶⁸ Overweging 3, eerste zin van het besproken cassatiearrest.

⁶⁹ Overweging 3, tweede zin van het besproken cassatiearrest.

⁷⁰ Voor een mogelijke uitzondering, zie *infra*, nr. 16, laatste alinea.

16. Doodsteek? – De vraag rijst of het Hof van Cassatie met zijn cassatiearrest van 10 februari 2022 de doodsteek heeft gegeven aan de stelling dat een rechter ambtshalve een niet-gevorderde restitutie kan (of zelfs moet) bevelen. Het Hof overweegt nogal categoriek dat uit het beschikkingsbeginsel volgt “dat de rechter niet kan oordelen over de restitutie van een prestatie na vernietiging of ontbinding van een overeenkomst wanneer geen vordering tot restitutie werd ingesteld” en lijkt daarmee weinig ruimte te laten voor het ambtshalve bevelen van niet-gevorderde restituties in andere gevallen.

Op het eerste gezicht zou men kunnen argumenteren dat het Hof in deze zaak enkel het ambtshalve bevelen van een niet-gevorderde restitutie uitsluit in zaken waar de overtreden rechtsregel van (louter) dwingend recht is, zodat een dergelijk bevel nog steeds mogelijk zou zijn indien de overtreden rechtsregel van openbare orde is. Er zijn twee redenen om een dergelijke argumentatie niet te volgen. Ten eerste betrof het cassatiearrest van 10 februari 2022 een consumentenkoop, geregeld door art. 1649*bis-octies* Oud BW ter omzetting van richtlijn 1999/44/EG en (meest recent) richtlijnen 2019/770 en 2019/771⁷¹. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat art. 6, eerste lid van de richtlijn oneerlijke bedingen⁷² “moet worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden”⁷³. Er is geen expliciete rechtspraak van dat Hof die in soortgelijke zin oordeelt over de regels inzake consumentenkoop, maar gelet op de aard en het gewicht van het openbare belang waarop de door die regels verzekerde bescherming berust,⁷⁴ kan men vermoeden dat de regels inzake consumentenkoop eveneens beschouwd moeten worden als nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden. Welnu, als het Hof van Cassatie bij dergelijke regels oordeelt dat er geen mogelijkheid is tot het ambtshalve uitspreken van een niet-gevorderde restitutie, dan is er op basis van die redenering ook geen ruimte voor een dergelijk ambtshalve bevel wanneer nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden worden overtreden (zoals artikelen 4 en 6 van de wet van 20 februari 1939).⁷⁵

De tweede reden tegen het overeind houden van een mogelijkheid dan wel plicht voor rechters om ambtshalve niet-gevorderde restituties toe te kennen bij miskennen van regels van openbare

⁷¹ Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *Pb.L.* 22 mei 2019, afl. 136, 1; Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van richtlijn 1999/44/EG, *Pb.L.* 22 mei 2019, afl. 136, 28.

⁷² Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.L.* 21 april 1993, afl. 95, 29.

⁷³ HvJ 6 oktober 2009, *Asturcom*, C-40/08, EU:C:2009:615, r.o. 52; HvJ 30 mei 2013, *Asbeek Brusse en De Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, r.o. 44 en 45; HvJ 4 juni 2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357, r.o. 56; HvJ 26 januari 2017, *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60, r.o. 42 en 43; HvJ 17 mei 2018, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, C-147/16, EU:C:2018:320, r.o. 35 en 36 en HvJ 20 september 2018, *OTP Bank en OTP Faktoring*, C-51/17, EU:C:2018:750, r.o. 87 en 89.

⁷⁴ Dat is immers de verantwoording die het Hof van Justitie van de Europese Unie geeft om art. 6, eerste lid van de richtlijn oneerlijke bedingen te beschouwen als een norm die gelijkwaardig is aan nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden: zie in het bijzonder HvJ 6 oktober 2009, *Asturcom*, C-40/08, EU:C:2009:615, r.o. 52.

⁷⁵ In dezelfde zin ook J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’annulation d’office dun contract par le juge” (noot onder Cass. 10 februari 2022), *Les Pages* 2023, afl. 151, nr. 6.

orde is van fundamenteelere aard en betreft (louter) dwingend recht van niet-Europese oorsprong. Voor dergelijke regels zou een dergelijke interpretatie een moeilijk te verantwoorden onderscheid in het leven roepen tussen regels van (louter) dwingend recht en regels van openbare orde, aangezien enkel bij die laatste regels een mogelijkheid dan wel plicht tot ambtshalve bevel van niet-gevorderde restitutie zou bestaan. Het onderscheid tussen regels van (louter) dwingend recht en regels van openbare orde lijkt evenwel niet relevant voor de vraag of een rechter ambtshalve niet-gevorderde restituties mag of moet toekennen.⁷⁶ Waar het om draait, is of een dergelijke maatregel kan bijdragen aan de verwezenlijking van het normdoel. Casus per casus en norm per norm moet die oefening gebeuren, en daarbij is de kwalificatie van een norm als ‘van openbare orde’ of ‘van (louter) dwingend recht’ niet dienstig. Zoals hierboven geïllustreerd⁷⁷ is het zelfs bij normen van openbare orde geenszins een uitgemaakte zaak dat een dergelijke maatregel bijdraagt aan het verwezenlijken van hun doelstelling.

Het is evenwel niet uitgesloten dat het ambtshalve bevel van niet-gevorderde restitutie toch kan bijdragen aan de verwezenlijking van het normdoel. Zoals advocaat-generaal Els Herregodts heeft aangestipt in haar conclusie bij dit arrest, strekt de restitutie van de verkochte zaak na de ontbinding van de consumentenkoop in beginsel de verkoper tot voordeel en niet de koper, wiens bescherming beoogd wordt door art. 1649*bis-octies* Oud BW.⁷⁸ Maar stel nu dat het niet de verkoper was, maar de koper (d.i. de consument) die uit het oog was verloren om ook restitutie te vorderen. In dat geval zou het inderdaad kunnen stroken met een hoog niveau van consumentenbescherming mocht de rechter een voorzet geven zodat de vergeetachtige consument zijn vergetelheid kan rechtzetten en alsnog een restitutievordering instelt.⁷⁹ Er lijkt niet meteen een (voldoende goede) reden om de rechter de bevoegdheid te verlenen nog een stap verder te gaan en, in afwijking van het beschikkingsbeginsel, ambtshalve niet-gevorderde restitutie toe te kennen.

17. Visie Julie del Corral: geen rechtspraakmekeer – In haar annotatie van het cassatiearrest van 10 februari 2022 verdedigt Julie del Corral de stelling dat het voorbarig is om uit dat arrest af te leiden dat het Hof van Cassatie zijn koers heeft gewijzigd. Er is volgens haar immers een belangrijk verschil tussen de feiten die aanleiding hebben gegeven tot dat arrest en de feiten die ten grondslag lagen aan het arrest van 4 september 2020⁸⁰. In de recentste zaak zou het aan partijen toekomen om restitutie te vorderen, aangezien de vernietiging of ontbinding is gevorderd door een partij. In de eerdere zaak zouden partijen geen dergelijke vordering

⁷⁶ Cf. C. BOTMAN, “L’office du juge face au contrat entaché d’une cause de nullité (absolue) et aux restitutions”, *JT* 2022, (641) 646, nr. 15: volgens haar moet het arrest van 4 september 2020 zo worden geïnterpreteerd dat de (mogelijke) uitzondering op het beschikkingsbeginsel eveneens geldt voor relatieve nietigheden.

⁷⁷ Zie *supra*, nr. 14, laatste alinea.

⁷⁸ Concl. E. HERREGODTS bij Cass. 10 februari 2022, onuitg., nr. 12.

⁷⁹ Zie *infra*, nr. 19 e.v. voor die (eventuele) suggestiebevoegdheid.

⁸⁰ Zij verwijst in haar bespreking in één adem naar Cass. 1 februari 2019 (zie *supra*, nr. 8), maar omdat het argumentatieve punt dat zij met betrekking tot dat arrest maakt hetzelfde is als met betrekking tot Cass. 4 september 2020, beperk ik me hier tot dat laatste arrest.

hebben ingesteld, maar zou de rechter ambtshalve de vernietiging of ontbinding⁸¹ hebben uitgesproken, in welk geval die in het kader van zijn taak als rechter tevens de restitutie zou mogen/moeten bevelen.⁸²

Ik treed die analyse niet bij, aangezien er volgens mij geen relevant verschil is qua feiten tussen de vermelde uitspraken.⁸³ Mogelijk kan dat meningsverschil worden verklaard door een potentieel andere visie op het feitelijk resultaat dat partijen precies hebben nagestreefd in die zaken. In de zaak die heeft geleid tot het cassatiearrest van 4 september 2020 lijkt Julie del Corral te menen dat partijen geen vordering tot nietigverklaring hebben ingesteld (maar dat de rechter de nietigheid ambtshalve heeft uitgesproken). Volgens mij is het feitelijk resultaat dat de kopers nastreven met hun vordering tot betaling van een geldbedrag van 18.253,39 euro de veroordeling van de wederpartij tot betaling van een bedrag dat neerkomt op het verschil tussen wat zij hebben betaald voor de woning in aanbouw en de waarde van wat zij daadwerkelijk hebben ontvangen.⁸⁴ Daarmee geef ik, mogelijk anders dan de vermelde auteur, een erg abstracte invulling aan het begrip ‘feitelijk nagestreefd resultaat’, aangezien dat resultaat volgens mij moet worden losgekoppeld van de juridisch grondslag ervan: wat zij nastreven is niet een geldbedrag dat intrinsiek berust op een contractuele grondslag, maar een geldbedrag *tout court* (en dus ongeacht de juridische grondslag). In die abstractere voorstelling van zaken is de nietigheid geen doel op zich, maar hooguit een van vele mogelijke middelen die dienstig kunnen zijn om dat feitelijk resultaat te bereiken.⁸⁵ Indien blijkt dat het onmogelijk is om het feitelijk nagestreefde resultaat toe te kennen op contractuele gronden (omdat er geen geldige contractuele verbintenis is die de verkoper verplicht tot uitvoering van de werken), kunnen buitencontractuele (*in casu* verrijkingsrechtelijke) gronden een valabel alternatief zijn.⁸⁶ In die laatste hypothese moet de vordering van de kopers tot betaling van een geldbedrag van 18.253,39 euro worden benaderd als een vordering tot restitutie. Aangezien die slechts kan worden ingewilligd als blijkt dat er inderdaad geen geldige contractuele verbintenis is die tot betaling van dat bedrag verplicht, vergt een dergelijke restitutievordering van de rechter dat die zich uitspreekt over (on)geldigheid van het contract en dat die vaststelt dat dat contract inderdaad (wat dat betreft) nietig is. Om die reden meen ik dan ook dat de vordering tot nietigverklaring virtueel inbegrepen is in de restitutievordering⁸⁷ en hebben partijen, anders dan Julie del Corral vermoedelijk meent, wel degelijk (zij het impliciet) een vordering tot nietigverklaring ingesteld.

Dat maakt dat de cassatiearresten van 4 september 2020 en 10 februari 2022 als volgt moeten worden uitgelegd. In de eerste zaak heeft de rechter het door de kopers gevorderde geldbedrag terecht toegekend, aangezien de feitelijke invulling van het voorwerp verplicht om die

⁸¹ Julie del Corral vermeldt het ambtshalve uitspreken van ontbinding en vernietiging in dezelfde adem. Het is niet meteen duidelijk in welke omstandigheden de rechter ambtshalve zou kunnen overgaan tot het ontbinden van contractuele verbintenissen als partijen geen gebruik hebben gemaakt van hun ontbindingsbevoegdheid.

⁸² J. DEL CORRAL, “Restitutie na vernietiging of ontbinding moet worden gevorderd: koerswijziging of niet?” (noot onder Cass. 10 februari 2022), *RW* 2022-23, (1540) 1541.

⁸³ In soortgelijke zin ook J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’annulation d’office dun contract par le juge” (noot onder Cass. 10 februari 2022), *Les Pages* 2023, afl. 151, nr. 6.

⁸⁴ Zie *supra*, nr. 14.

⁸⁵ Zie *supra*, nr. 6.

⁸⁶ Zie *supra*, nr. 3.

⁸⁷ Zie *supra*, nr. 4.

vordering te beschouwen als een restitutievordering waarin de vordering tot nietigverklaring virtueel inbegrepen is. In de tweede zaak heeft de rechter terecht de koper niet veroordeeld tot teruggave van de ontvangen wagen, simpelweg omdat de wederpartij impliciet noch expliciet een vordering tot teruggave had ingesteld. Bij die beoordeling lijkt er dus geen rol weggelegd voor het onderscheid dat Julie del Corral suggereert tussen de situatie waarin de rechter ambtshalve een vernietiging of ontbinding zou uitspreken (Cass. 4 september 2020) en de situatie waarin die dat niet doet en het initiatief van partijen zou moeten uitgaan (Cass. 10 februari 2022), een onderscheid waar het meeste recente arrest overigens op geen enkele wijze op alludeert. In beide gevallen zou de rechter maar restitutie mogen toekennen als die (expliciet dan wel impliciet) gevorderd is, zodat de kans toch groot lijkt dat het Hof van Cassatie wel degelijk is teruggekomen op zijn principsoverweging uit 2020.

18. Reden(en) voor ommekeer – Mocht het Hof van Cassatie met zijn arrest van 10 februari 2022 inderdaad zijn terugkomen op zijn arrest van 4 september 2020, dan rijst de vraag naar de reden voor die – voor alle duidelijkheid terecht⁸⁸ – ommekeer. Hoewel het Hof van Cassatie al enkele keren expliciet heeft vermeld dat een bepaald arrest een rechtspraakommekeer inhoudt,⁸⁹ rept het Hof in zijn arrest van 2022 met geen woord over de verhouding tot het arrest van 2020. Meer nog, zelfs advocaat-generaal Els Herregodts, die in beide zaken advies heeft verstrekt, verwijst in haar conclusie bij het arrest van 2022 op geen enkele manier naar het arrest van 2020.⁹⁰ Dat noch de advocaat-generaal, noch het Hof van Cassatie zelf op enigerlei wijze refereert aan zijn beslissing van 4 september 2020 is op zijn minst verrassend te noemen, aangezien het Hof van Cassatie in zijn jaarverslag het vernieuwend karakter van die beslissing in de verf heeft gezet.⁹¹ Wat verder bijdraagt aan het raadselachtig karakter van de wijze waarop die beslissingen zich tot elkaar verhouden, is dat het arrest van 10 februari 2022 pas op 13 maart 2023, dus meer dan 13 maanden na de uitspraak, ingevoerd is op juportal.be en pas dan beschikbaar gemaakt is voor het ruime publiek.

Misschien hebben de uiteenlopende rechtsgeleerde commentaren op die beslissing een rol gespeeld?⁹² Misschien is de andere samenstelling van de zetel van doorslaggevend belang geweest? Enkel in het arrest van 4 september 2020 zetelde sectievoorzitter (en tegelijk ook verslaggever voor die zaak) Eric Dirix.⁹³ Het blijft koffiedik kijken, maar wellicht is de meest plausibele verklaring dat het Hof in het arrest van 10 februari 2022 – terecht – een gelegenheid zag om paal en perk te stellen aan mogelijk te verregaande interpretaties van zijn arrest van 4

⁸⁸ Zie *supra*, nrs. 14-15.

⁸⁹ Voor een uitgebreide analyse, zie M. VAN DER HAEGEN, “Omgaan met omgaan. Een kwalitatief empirisch onderzoek naar de omkeringen in de cassatierechtspraak”, *TPR* 2019, (197) 228 e.v., nr. 24 e.v.

⁹⁰ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’annulation d’office dun contract par le juge” (noot onder Cass. 10 februari 2022), *Les Pages* 2023, afl. 151, nr. 5 wijst daar eveneens op.

⁹¹ Zie *supra*, nr. 11. Zie ook J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L’annulation d’office dun contract par le juge” (noot onder Cass. 10 februari 2022), *Les Pages* 2023, afl. 151, nr. 1.

⁹² Zie M. VERDICKT, “De taak van de rechter wanneer de openbare orde zich opdringt: het Hof van Cassatie brengt chaos in de chaos” (noot onder 4 september 2020), *RW* 2021-22, (407) 407 e.v.; L. CORNELIS, “Strijdigheid met de openbare orde: bloed, zweet en tranen” (noot onder Cass. 4 september 2020), *RW* 2020-21, (1625) 1625 e.v.; C. BOTMAN, “L’office du juge face au contrat entaché d’une cause de nullité (absolue) et aux restitutions”, *JT* 2022, (641) 641 e.v.

⁹³ Zie daarover *supra*, nr. 11.

september 2020, maar dat het tegelijk geen al te voortvarende bijdrage aan de rechtsvorming wenste te leveren (en die taak begrijpelijkerwijze wou overlaten aan de rechtsleer).

§3. Mag de rechter suggereren dat een partij het voorwerp van haar vordering uitbreidt?

19. **Nieuwe kwestie** – Het arrest van 10 februari 2022 is niet alleen van belang omdat het Hof naar alle waarschijnlijkheid terugkomt op zijn arrest van 4 september 2020. In dat recentste arrest erkent het Hof voor het eerst expliciet dat de rechter de mogelijkheid heeft “om de partijen uit te nodigen standpunt in te nemen over de restitutie en in voorkomend geval een vordering in dat verband in te stellen.” In deze zaak had de verkoper over het hoofd gezien dat de ontbindingsvordering van de koper wel eens gegrond zou kunnen verklaard, waardoor die zelfs niet in subsidiaire orde restitutie had geëist. Het Hof van Cassatie verplicht de feitenrechter niet om ambtshalve een dergelijke vergetelheid te ondervangen, maar laat wel toe dat die het punt onder de aandacht brengt.

Aangezien de contouren van een dergelijke suggestiebevoegdheid daarmee nog niet bepaald zijn, ga ik daar hierna verder op in. Eerst kader ik de suggestiebevoegdheid binnen drie beginselen van procesrecht; nadien ga ik op zoek naar gezichtspunten die relevant kunnen zijn om te bepalen of een rechter in een bepaalde zaak inderdaad over zo’n bevoegdheid beschikt.

A. Drie beginselen van procesrecht

20. **Overzicht** – In zijn doctoraal proefschrift identificeert en bespreekt Benoît Allemeersch drie beginselen die bepalen of (en zo ja, in welke mate) de rechter vrij is om de dialoog met partijen aan te gaan: het beschikkingsbeginsel, het beginsel van de proceseconomie en het beginsel van de rechterlijke onpartijdigheid.⁹⁴ Omdat de suggestiebevoegdheid die hier centraal staat, kadert in de ruimere dialoog tussen rechter en partijen, zijn die drie beginselen ook hier van bijzonder belang. Hierna argumenteer ik dat het beschikkingsbeginsel zich niet verzet tegen een dergelijke bevoegdheid. Het beginsel van de proceseconomie vormt de voornaamste reden voor het bestaan van de suggestiebevoegdheid, wat niet belet dat het beginsel van de rechterlijke onpartijdigheid suggesties verbiedt die een schijn van partijdigheid of bevooroordeeldheid zouden kunnen wekken.

Wat dient de rechter te doen als de waarde van het beginsel van de proceseconomie erop aanstuurt een partij te suggereren haar vordering uit te breiden, maar het beginsel van de rechterlijke onpartijdigheid in een andere richting wijst (bijvoorbeeld omdat een of meer van de uit te werken gezichtspunten⁹⁵ wijzen op een partijdig optreden)? Hoewel er in beginsel geen rangorde kan worden gemaakt tussen beginselen, lijkt het beginsel van de rechterlijke onpartijdigheid me aanzienlijk meer gewicht te moeten krijgen dan het beginsel van de proceseconomie. Akkoord, het is geen ideale situatie wanneer een rechter toch maar geen suggestie doet uit vrees een partijdige indruk te wekken zonder dat een bevooroordeelde schijn zou worden gewekt. Tegelijk is die voorzichtigheid wel gepast, aangezien de nadelen van een

⁹⁴ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 151 e.v., nr. 33. Diezelfde beginselen worden ook aangehaald en besproken door L. MAYER, “Réflexions sur l’étendue des pouvoirs d’initiative du juge en matière contractuelle” in *Les coutures du droit. Mélanges en l’honneur de Philippe Théry*, Parijs, LGDJ, 2022, (403) 410 e.v., nr. 18 e.v.

⁹⁵ Zie *infra*, nr. 24 e.v.

partijdige indruk (niet alleen voor de concrete partij, maar ook voor het maatschappelijk vertrouwen in de rechterlijke macht in het algemeen) m.i. zwaarder doorwegen dan de nadelen van een nieuwe procedure te moeten opstarten om hetgeen aanvankelijk niet gevorderd was daadwerkelijk op te eisen.

21. Suggestiebevoegdheid en het beschikkingsbeginsel – Is de bevoegdheid om partijen te suggereren hun vordering(en) uit te breiden verenigbaar met het beschikkingsbeginsel? Een cassatiearrest van 27 februari 1998⁹⁶ doet uitschijnen van niet. In de zaak die tot dat arrest heeft geleid, heeft de feitenrechter de debatten heropend over een vraag die partijen niet specifiek hadden besproken. Het Hof van Cassatie meent dat de feitenrechter door die heropening een geschil opwerpt waarvan het bestaan door de partijen bij conclusie was uitgesloten, waardoor die art. 1138, 2° Ger.W. en het beschikkingsbeginsel miskent. Benoît Allemeersch⁹⁷ brengt daar terecht tegen in dat het opwerpen van een vraag – of het suggereren van een uitbreiding van het voorwerp van de vordering – moeilijk te zien is als een miskenning van het beschikkingsbeginsel. De rechter die een vraag opwerpt of een suggestie doet, bepaalt immers niet wat partijen moeten antwoorden of moeten doen met die suggestie.⁹⁸ Als hij een partij suggereert haar vordering uit te breiden (en haar daarbij op geen enkele wijze onder druk zet), dan doet hij op geen enkel wijze afbreuk van de autonomie van die partij: die kan immers nog steeds beslissen om niet in te gaan op die suggestie. Een dergelijke betrokkenheid versterkt daarentegen net het beschikkingsbeginsel, aangezien zij een partij toelaat om meer geïnformeerd te beslissen over de grenzen van het debat.⁹⁹

22. Suggestiebevoegdheid en het beginsel van de proceseconomie – Het beginsel van de proceseconomie kan verklaren en verantwoorden waarom een feitenrechter überhaupt zou overwegen aan een partij te suggereren haar vordering uit te breiden. Als de feitenrechter de verkoper niet alsnog de gelegenheid biedt een restitutievordering in te stellen, dan is die partij genooddaakt later een nieuwe procedure op te starten. Aangezien die partij initieel geen vordering tot teruggave had ingesteld, is er wat dit betreft geen gezag van gewijsde. Het lijkt geen twijfel dat een dergelijke nieuwe procedure veel tijd en middelen vergt van talrijke partijen, waardoor het mogelijk in het belang is van alle betrokkenen – verkoper, koper, rechter

⁹⁶ Arr.Cass. 1998, 252.

⁹⁷ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 152 e.v., nr. 36.

⁹⁸ L. MAYER, “Réflexions sur l'étendue des pouvoirs d'initiative du juge en matière contractuelle” in, *Les coutures du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Théry*, Parijs, LGDJ, 2022, (403) 410, nr. 18: “Or, lorsque le juge suggère à l'une des parties de former une demande subsidiaire, il ne lui impose rien. L'objet de la demande est régulièrement modifié par la partie concernée, et le juge statue ensuite sur cette nouvelle demande sans sortir du cadre du litige ainsi redéfini par les parties. Nous estimons donc qu'une simple suggestion par le juge ne porte pas atteinte au principe dispositif”.

⁹⁹ Expliciet in die zin B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 153, nr. 36: “Op die manier kan het vraagrecht de partijautonomie zelfs versterken: door uitdrukkelijk bepaalde punten aan te snijden, geeft de rechter de partijen de kans om zich daarover uit te spreken en de grenzen van het debat nog scherper te stellen.”

en bij uitbreiding de hele maatschappij¹⁰⁰ – om een dergelijke vordering meteen toe te laten in het proces.¹⁰¹

Het beginsel van de proceseconomie kan echter ook het tegenovergestelde resultaat teweegbrengen. Wanneer de rechter discussiepunten ter sprake brengt waarover partijen nog niet hadden nagedacht, kan dat het proces aanzienlijk vertragen. Partijen kunnen vragen om bijkomend te concluderen, waarop vervolgens een nieuwe rechtsdag moet worden bepaald en, zo stipt Benoît Allemeersch terecht aan, “precies op die rechtsdag moet men vaak heel lang wachten”¹⁰².

Om potentiële vertragingen van de rechtsgang te vermijden, is het wellicht wenselijk dat de rechter die de debatten heropent die heropening voldoende ruim formuleert. Zo niet loopt die het risico na die eerste heropening nog een tweede heropening te moeten bevelen, bijvoorbeeld als partijen bij de eerste heropening argumenteren dat de overeenkomst wel degelijk geldig is en daarbij geen woord reppen over de omvang van de restituties mocht de rechter toch tot de conclusie komen dat de overeenkomst nietig is.¹⁰³

23. Suggestiebevoegdheid en rechterlijke onpartijdigheid – Het voorgaande impliceert geenszins dat de rechter op geen enkele wijze begrensd is in zijn bevoegdheid om vragen te stellen of suggesties te doen. De rechter mag namelijk op geen enkele wijze de indruk geven partijdig, bevooroordeeld of vooringenomen te zijn. Dat vereist dat hij, bekeken vanuit het perspectief van een objectieve en redelijke procespartij, geen subjectieve innerlijke houding ten opzichte van de partijen of van de specifieke procedure aanneemt. Doet de rechter dat toch, dan bestaat het gevaar dat die externe omstandigheden bij zijn oordeelsvorming of uiteindelijke besluit betreft en daardoor een procespartij bevooroordeelt of benadeelt.¹⁰⁴

Het lijdt geen twijfel dat de rechter in principe geen schijn van partijdigheid opwekt wanneer hij feitelijke vragen stelt of partijen wijst op een rechtsregel die volgens hem (mogelijk) toepasselijk kan zijn maar waar partijen niet aan hebben gedacht.¹⁰⁵ Het is precies zijn taak om de relevante rechtsregels toe te passen, zodat het ter sprake brengen van mogelijke relevante

¹⁰⁰ Cf. I. GIESEN, *Asser Procesrecht 1: Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2015, nr. 520: “Rechterlijk activisme gaat immers ook over sneller, goedkoper, efficiënter geschillen oplossen, door recht te spreken of partijen naar elders te verwijzen, omdat de civiele procedure gefinancierd wordt uit publieke middelen en deze procedure niet slechts particuliere maar ook algemene belangen betreft.”

¹⁰¹ Zie L. MAYER, “Réflexions sur l’étendue des pouvoirs d’initiative du juge en matière contractuelle” in *Les coutures du droit. Mélanges en l’honneur de Philippe Théry*, Parijs, LGDJ, 2022, (403) 413 e.v., nr. 21.

¹⁰² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 157, nr. 39.

¹⁰³ Zie *supra*, nr. 12.

¹⁰⁴ MüKoZPO/STACKMANN, “ZPO § 42”, 2020, nr. 5 en de verwijzingen daar: “Befangenheit, gleichbedeutend mit Parteilichkeit oder Voreingenommenheit, ist die unsachliche innere Einstellung des Richters zu den Beteiligten oder zum Gegenstand des konkreten Verfahrens. Sie tendiert zu der Gefahr, dass sachfremde Umstände die Bearbeitung und Entscheidung der Sache beeinflussen und dadurch ein Prozessbeteiligter bevorzugt oder benachteiligt wird [...]” (verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer weggelaten – FP).

¹⁰⁵ Zie D. MOUGENOT, “Le juge (trop?) bavard. Libres propos sur la prise de parole du juge à l’audience” in P.E. CORNIL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *L’audience*, Limal, Anthemis, 2023, (155) 160 e.v., nr. 6 (algemeen) en 164 e.v., nr. 9 (over de beweegruimte voor rechter in verband met art. 2223 BW). Benoît Allemeersch wijst er terecht op dat het niet is “omdat de rechter naar een bepaalde rechtsgrond vraagt, dat hij die ook toepasselijk acht.”: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 155, nr. 37.

regels slechts de maatschappelijke verantwoorde uitoefening van zijn ambt is.¹⁰⁶ Een cassatiearrest van 30 april 2004¹⁰⁷ biedt steun aan die opvatting. Een appelrechter stelt ter zitting vragen over de geldigheid van een verbintenis, aangezien die naar zijn inschatting “blijkbaar geen enkele oorzaak, geen enkele tegenprestatie” had. Een van de partijen kan die vraagstelling niet smaken en formuleert een wrakingsverzoek wegens gewettigde verdenking (art. 828, 1° Ger.W.). Het Hof van Cassatie gaat niet op het verzoek, aangezien de “miskenning van (het) beschikkingsbeginsel, in de veronderstelling dat ze bewezen is, aanleiding tot cassatieberoep zou kunnen geven maar geen oorzaak voor gewettigde verdenking vormt.”¹⁰⁸

Een delicatesse vraag is of de rechter geen schijn van partijdigheid opwekt wanneer hij een partij (al dan niet expliciet) suggereert om een advocaat te consulteren of het voorwerp van haar vordering uit te breiden. Op het eerste gezicht zou men kunnen argumenteren dat hij hiermee de rol van raadsman vervult en (mee) de verdediging van die partij voert.¹⁰⁹ In tegenstelling tot het bepalen van het toepasselijk recht, is bepalen hoe een partij zich verdedigt en wat een partij eist de bevoegdheid en verantwoordelijkheid van die partij en daarmee bij uitstek een partijactiviteit.¹¹⁰ Helpt een rechter een partij om zich adequaat te verweren of om de eisen te formuleren die voor haar voordelig zijn, dan geeft die mogelijk de indruk niet langer onpartijdig te zijn en geeft die mogelijk consult, wat verboden is op grond van art. 297 Ger.W.

Bij nader inzien is het antwoord genuanceerder. Hoewel dergelijke suggesties inderdaad tot gevolg kunnen hebben dat een vergeetachtige partij wordt geholpen, is dat op zich geen reden voor de wederpartij om *ipso facto* te twijfelen aan de onpartijdigheid van de rechter.^{111,112} Toch zal de rechter behoedzaam moeten zijn: dergelijke suggesties mogen in elk geval niet bij de

¹⁰⁶ In dezelfde zin B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 154, nr. 37 en de verwijzingen daar.

¹⁰⁷ RW 2005-06, 1302.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ In die zin bv. L. CADIET, J. NORMAND en S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Parijs, PUF, 2020, nr. 380, zoals vermeld door L. MAYER, “Réflexions sur l’étendue des pouvoirs d’initiative du juge en matière contractuelle” in, *Les coutures du droit. Mélanges en l’honneur de Philippe Théry*, Parijs, LGDJ, 2022, (403) 411, nr. 19, vn. 32: de rechter die een wijziging van het voorwerp suggereert “se fait alors conseil des parties, exacerbant son image de juge-providence à la neutralité active, ce qui [...] laisse planer la suspicion de son impartialité”.

¹¹⁰ Cf. A.-C. VAN GYSEL, “Le juge statuant d’office est-il un juge impartial?”, *Cah. Dr. Jud.* 1993, (33) 37: “La partialité du juge ne peut, à nos yeux, porter que sur un élément qui devrait être mis en oeuvre par une partie, non sur ce qui ressortit de sa mission propre”.

¹¹¹ Cf. W.D.H. ASSER, H.A. GROEN, J.B.M. VRANKEN en I.N. TZANKOVA, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003, 83: “[E]en volwassen benadering van het proces, de vooropstelling van eerlijke kansen en het bereiken van een rechterlijke beslissing die zoveel mogelijk aansluit bij wat in de rechtsverhouding tussen partijen realiteit is, ook juridische realiteit, leidt er ons inziens toe dat men zal moeten aanvaarden dat de rechter zulke kwesties aan de orde mag en zonodig moet stellen en dus eventueel ‘slapende honden wakker maakt’ (dat willen de gedaagde aan een verweer helpt). Dit betekent dat ook geen aantasting van zijn onpartijdigheid.” Zij geven nog de voorbeelden van het verweer van verjaring en van gezag van gewijsde. Daarmee gaan ze evenwel niet expliciet in op een eventuele suggestiebevoegdheid om het voorwerp van de vordering te verruimen.

¹¹² Cass. 12 januari 2009, C.08.0614.F: er is volgens het Hof van Cassatie geen reden tot wraking indien een rechter de vraag opwerpt naar de mate waarin de zaak bij hem aanhangig is en de zaak verdaagt om een partij de gelegenheid te geven hierover een advocaat te raadplegen

wederpartij de schijn wekken dat de rechter zich al een oordeel heeft gevormd.¹¹³ In dit verband is het nuttig het onderscheid te vermelden tussen (verboden) consult geven en (toegelaten) informeren.¹¹⁴ Zoals Sven Sobrie stelt: “Wie consult geeft, laat zich in met de grond van de zaak; wie informatie geeft, beperkt zich tot de manier waarop de procedure in elkaar zit. [...] Terwijl een consulterende rechter [...] zijn onpartijdigheid op het spel zet, is dat niet het geval wanneer hij zich ertoe beperkt de partijen in te lichten over wat er in de procedure kan of zal gebeuren.”¹¹⁵ Anders gezegd: consult geven komt in principe neer op het opstellen van een plan voor een procespartij of het maken van een spreekwoordelijk breiwerk; informeren op het vermelden van elementen die toelaten om de gebrekkige uitvoering van het door de partij opgestelde plan te ondervangen of om de steek op te rapen die die partij heeft laten vallen.

B. Enkele gezichtspunten

24. Wiarda's vergelijkingsmethode – De grens tussen (verboden) consult geven en (toegelaten) informeren is dun en niet altijd even gemakkelijk te trekken.¹¹⁶ Om die grens te verduidelijken, is het raadzaam op zoek te gaan naar relevante gezichtspunten. Dat kan gebeuren aan de hand van de vergelijkingsmethode van Wiarda¹¹⁷. Die methode vereist dat eerst gevallen worden geïdentificeerd waarin het antwoord dadelijk evident is, zodat daaruit leidinggevende gezichtspunten kunnen worden gedestilleerd. Vervolgens kunnen bijkomende

¹¹³ Voor een geval waarin dat wel het geval was, zie Cass. 22 maart 2002, C.02.0124.F: bij de afroeping van de rol en in het kader van de verwerking van talrijke dossiers van personen die alleen maatschappelijke hulp vragen omdat zij een regularisatieaanvraag hebben ingediend, overwoog de voorzitter van het arbeidshof (met verwijzing naar het arrest van het Arbitragehof van 31 oktober 2001) dat het wenselijk was die dossiers in de mate van het mogelijke op dezelfde zitting of op eerstvolgende zittingen te behandelen omdat, volgens de rechtspraak van het Arbitragehof, de hulp voor de datum van de regularisatie onrechtmatig was toegekend. Het Hof van Cassatie overweegt dat uit die vermeldingen blijkt dat de rechter uiting geeft van zijn interpretatie van een arrest van het Arbitragehof waarvan hij oordeelt dat het de verwerping van de vordering impliceert en dat die woorden van die aard zijn dat ze bij eiser en derden gewettigde verdenking kunnen doen ontstaan over de geschiktheid van die magistraat om met de vereiste onpartijdigheid en onafhankelijkheid uitspraak te doen.

¹¹⁴ Zie daarover ook S. DE COSTER, “Art. 828 Ger.W.” in *Comm.Ger.*, 2010, 44 e.v., nr. 35 en de verwijzingen daar.

¹¹⁵ S. SOBRIE, “Procesvoering zonder raadsman in het burgerlijk geding. Wat je zelf doet, doe je beter?”, *TPR* 2016, (1155) 1166, nr. 11.

¹¹⁶ In soortgelijke zin voor het Duitse recht: “Der Konflikt zwischen richterlicher Beratung und freilich nicht wertfreier, sondern verfassungsgebundener Neutralität [...] belässt damit einen schmalen Grat, auf dem sich das Gericht bewegen muss.” (ZPO/H.-J. MUSIELAK en W. VOIT, “ZPO § 139”, 2023, nr. 5).

¹¹⁷ G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 107 e.v.: “[I]n geval de rechter voor zijn beslissing alleen op normen als redelijkheid en billijkheid of zorgvuldigheid e.d. is aangewezen, en hem voor het te berechten geval vooralsnog geen duidelijke toetsingsmaatstaf invalt, [moet] hij trachten zich naast het gegeven geval één of liefst meerdere gevarieerde, maar toch nog vergelijkbare gevallen voor de geest te stellen waarin de beslissing niet twijfelachtig, althans minder twijfelachtig zou zijn. Gaat het bijvoorbeeld om de vraag of een bepaalde handelwijze al dan niet in strijd is met de in het maatschappelijk leven betamende zorgvuldigheid, en is de wijze waarop die vraag moet worden beantwoord niet dadelijk evident, dan zal de rechter moeten trachten eerst een variant te vinden waarin die handeling zeker niet, en daarna een variant die zeker wel als onbehoorlijk zou moeten worden beschouwd. Vergelijking met de beide fictieve gevallen zal dan, door het zoeken naar de relevante verschillen, tot een verantwoorde beslissing van het gegeven geval kunnen leiden. Het zal als het ware gelokaliseerd moeten worden op de geleidelijkheidslijn die de beide varianten verbindt waarvan de oplossing wél duidelijk is.”

(al dan niet fictieve) gevallen worden onderzocht waarin het antwoord intuïtief minder voor de hand ligt, maar die aan de hand van de verkregen gezichtspunten wel kunnen worden geduid. Omwille van de leesbaarheid verweef ik de gezichtspunten en hun toelichting met de uitspraken waaruit ze zijn gedestilleerd. Net zoals alle gezichtspunten of factoren vormen die een zogenaamd ‘beweeglijk systeem’, waarin de onderlinge verhoudingen tussen die gezichtspunten (nog) niet zijn uitgekristalliseerd. Zelfs wanneer een bepaald gezichtspunt in een zaak niet aanwezig is, kan het geheel van andere gezichtspunten toch nog een tegengewicht bieden.¹¹⁸

25. Productiebetrokkenheid – Eén element dat mogelijk relevant is bij de beoordeling van de onpartijdigheid van de rechter, is het antwoord op de vraag of de rechter bij zijn oordeelsvorming of besluit elementen betreft waarover de procespartijen, op het ogenblik dat de rechter kennis neemt van die elementen, nog geen tegenspraak hebben kunnen voeren, waardoor partijen dus niet betrokken waren bij de productie van dat element.¹¹⁹ Een concrete regel die op dat element gebaseerd is, is het verbod voor de rechter om te steunen op persoonlijke kennis van de feiten.¹²⁰ Een ander voorbeeld is te vinden in een cassatiearrest van 21 maart 1985¹²¹, waarin werd beslist dat een rechter die zich voor de opening van het debat heeft uitgesproken over het geschil – *in casu* in brieven aan een gerechtelijk deskundige – niet meer gerechtigd is om de zaak te beslissen.

Dat gezichtspunt kan mogelijk de rechtspraak duiden over de bevoegdheid voor de rechter om partijen te suggereren derden bij het geding te betrekken. Hoewel art. 811 Ger.W. hoven en rechtbanken verbiedt ambtshalve te bevelen dat een derde in het geding wordt betrokken, laat het Hof van Cassatie toe dat “de rechter inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid wijst op de mogelijke betrokkenheid van derden en de heropening van het debat beveelt om aan de partijen de mogelijkheid te bieden om derden in het geding te betrekken.”¹²² Concreet had de politierechter geoordeeld dat het openbaar ministerie derwijze nalatig is geweest dat de eerste verweerder buiten zijn fout zonder bewijsmogelijkheid was gezet en daardoor in zijn vordering tegen de tweede verweester ongegrond dreigde te worden verklaard. Omdat de eerste verweerder mogelijk bijkomend over een vorderingsmogelijkheid beschikte tegen de verantwoordelijke van het parket, maar deze op dat ogenblik geen partij was in het geding, drong een heropening van het debat zich op ten einde aan de eerste verweester de mogelijkheid te bieden eventuele bijkomende aansprakelijken in het geding te betrekken.¹²³ De Belgische staat stelt derdenverzet in tegen die beslissing, maar dat verzet wordt verworpen omdat die beslissing geenszins ten aanzien van haar heeft recht gesproken. Wellicht overschrijdt de rechter wel de grens van het toelaatbare indien die niet in het algemeen de mogelijkheid

¹¹⁸ Zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 22 e.v., nr. 23.I en de verwijzingen daar.

¹¹⁹ Zie over ‘productiebetrokkenheid’ in de context van reproductieve akten en onrechtmatig verkregen bewijs, M.E. STORME, “De toekomst van het burgerlijk proces. Het proces van de feiten?”, *RW* 1991-92, (1441) 1446 e.v., nr. 8 e.v.

¹²⁰ Zie over dat verbod bv. B. ALLEMEERSCH, *De naakte grijsaard: over de rechter en zijn persoonlijke kennis(sen)*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 35 p.

¹²¹ *Arr.Cass.* 1984-85, 1004 en *Pas.* 1985, I, 904.

¹²² *Cass.* 3 april 2006, C.04.0079.N en C.04.0080.N., r.o. 12.

¹²³ *Ibid.*, r.o. 13.

suggereert om niet nader genoemde derden bij het geding te betrekken, maar al concrete derden *nominatim* vermeldt. In dat geval zou die concreet genoemde derde mogelijk kunnen argumenteren dat de rechter de indruk geeft reeds een idee te hebben over de uitkomst van de zaak nog voor die derde zijn licht erover heeft kunnen laten schijnen. Stel dat zich een kopstaartaanrijding voordoet waarbij een groot aantal wagens betrokken is en op het proces (alleszins voor de rechter) duidelijk wordt dat de verweerder wellicht niet aansprakelijk zal kunnen worden gesteld, maar een of meer andere betrokkenen mogelijk wel. Als de rechter de benadeelde dan suggereert dat die betrokkene X in het geding betreft, is het niet uitgesloten dat de rechter daarmee een schijn van partijdigheid in het nadeel van X wekt.

Het vermelde cassatiearrest maakt evenwel duidelijk dat die schijn niet snel zal worden gewekt. Bijgevolg lijkt het gezichtspunt van de productiebetrokkenheid geen al te groot gewicht te moeten worden toegedicht.

26. Verwachtbaarheid – Een tweede element dat mogelijk relevant is bij de beoordeling van de onpartijdigheid van de rechter, is het antwoord op de vraag of de rechter iets suggereert waarvan de partij die niet het voordeel van de suggestie geniet, op basis van het verloop van de procedure tot dan toe (met inbegrip van de conclusies, stukken en pleidooien) niet redelijkerwijze had kunnen verwachten dat de andere partij dat in haar processtrategie zou betrekken. Hoe evidenter de vergetelheid van een partij en dus hoe meer de rechter iets suggereert dat voor het oprapen ligt, des te minder kan er twijfel rijzen over zijn onpartijdigheid. Een typisch voorbeeld lijkt te vinden bij restitutie na nietigheid of ontbinding. Indien een partij een vordering tot nietigverklaring of tot ontbinding instelt, kan die zich er redelijkerwijze aan verwachten dat de wederpartij overweegt een restitutievordering in te stellen (voor het geval de rechter de vordering tot nietigverklaring of tot ontbinding gegrond verklaart). Mocht de feitenrechter in de zaak die aanleiding hebben gegeven tot het cassatiearrest van 10 februari 2022 gesuggereerd hebben aan de verkoper om een restitutievordering in te stellen, dan lijkt die suggestie niet van aard om bedenkingen te hebben bij diens onpartijdigheid omdat een dergelijke suggestie niet totaal uit de lucht komt vallen.

27. Bijzondere aard van de procedure – Een derde element dat mogelijk relevant is bij de beoordeling van de onpartijdigheid van de rechter, is de bijzondere aard van de procedure. Een cassatiearrest van 24 juni 1993¹²⁴ doet uitschijnen dat de tussenkomst van een rechter in verzoeningsprocedures mogelijk minder aanleiding geeft tot gewettigde verdenking dan wanneer diezelfde tussenkomst in een andere procedure plaatsvindt. In het kader van een verzoeningspoging wijst een vrederechter een vrouw erop dat zij op grond van art. 1320 Ger.W. een vordering tot betaling van een uitkering tot levensonderhoud kan instellen tegen haar zoon. Uiteindelijk komt de zaak tot bij het hof van beroep te Bergen, dat meent dat de zoon gerechtigd was om de wraking te vorderen. De vrederechter stelt een cassatievoorziening in, waarop het Hof van Cassatie de beslissing vernietigt. Het hof van beroep had immers geoordeeld dat de vrederechter aan de vrouw “niet een raad had gegeven maar een inlichting die behoorde tot de actieve verzoeningsrol van de vrederechter”. Het Hof van Cassatie laat hier mogelijk veel ruimte voor suggesties van de vrederechter. Luidens het middel heeft die immers ten overstaan

¹²⁴ Arr.Cass. 1993, 626 en RW 1993-94, 1337.

van het hof van beroep schriftelijk verklaard dat hij de vrouw “erop heeft gewezen dat zij recht heeft om levensonderhoud te ontvangen”, wat mogelijk in andere procedures meer reden tot argwaan zou kunnen zijn. Met zekerheid kan men dat evenwel niet afleiden uit het arrest, aangezien de vernietiging van het Hof gegrond is op een tegenspraak in de motivering van het arrest *a quo*.¹²⁵

28. Gered voordeel – Een vierde element dat mogelijk relevant is bij de beoordeling van de onpartijdigheid van de rechter, is het antwoord op de vraag of de suggestie van de rechter kan leiden tot een voordeel dat de partij in wiens voordeel de suggestie is gebeurd, anders normaliter niet (meer) had kunnen hebben. Als de rechter dat voordeel voor die partij redt, kan dat mogelijk wijzen in de richting van een partijdige indruk.

Dat element laat toe om de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het cassatiearrest van 10 februari 2022 te onderscheiden van bijvoorbeeld discussies over de beweegruimte voor de rechter om afwijkingen van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding te suggereren.¹²⁶

In het eerste geval is geen sprake van een gered voordeel. Als de feitenrechter geen voorziet doet die een partij de gelegenheid biedt alsnog restitutie te vorderen, dan kan zij een dergelijke vordering achteraf nog steeds instellen (weliswaar door een nieuwe procedure op te starten). Dat ligt anders bij rechterlijke initiatieven die een partij uitnodigen te verzoeken af te wijken van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding. Zo’n afwijking kan maar worden toegestaan “op verzoek van een van de partijen, dat in voorkomend geval wordt gedaan na ondervraging door de rechter”¹²⁷. Dat de rechter zich bij een dergelijke ondervraging nog steeds terughoudend zou moeten opstellen,¹²⁸ kan mede worden verklaard doordat de aanzet van de rechter van aard is om een voordeel te redden. Mocht de rechter hier geen concrete suggesties doen, dan wordt die partij, wanneer zij in het ongelijk wordt gesteld, veroordeeld tot het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding. In dat geval zou die definitief een voordeel mislopen, meer bepaald het verschil tussen het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding en het bedrag waartoe de rechter de partij zou hebben veroordeeld mocht zij een verzoek tot afwijking hebben geformuleerd.

Mogelijk kunnen suggesties die leiden tot het redden van een voordeel dat anders wellicht onherroepelijk verloren zou gaan, meer de indruk wekken dat de rechter niet onpartijdig is. Het redden van zo’n voordeel voor de ene partij impliceert immers dat de wederpartij door die rechterlijke tussenkomst een nadeel ondervindt.

29. Moeten of mogen? – Komt men op basis van de voorgaande (en eventuele bijkomende) gezichtspunten tot de conclusie dat een rechterlijke suggestie niet verboden is, dan rijst de vraag of het louter om een discretionaire bevoegdheid gaat dan wel om een heuse plicht. De bewoordingen die het Hof van Cassatie heeft gebruikt, wijzen sterk in de richting van een

¹²⁵ In die zin ook D. MOUGENOT, “Le juge (trop?) bavard. Libres propos sur la prise de parole du juge à l’audience” in P.E. CORNIL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *L’audience*, Limal, Anthemis, 2023, (155) 162, nr. 7.

¹²⁶ Zie daarover recent ook M. ARNOLDY, “De rechtsplegingsvergoeding en de taak van de rechter” (noot onder Cass. 13 januari 2023, Cass. 16 januari 2023 en Cass. 21 februari 2023), *RABG* 2023, (225) 225 e.v.

¹²⁷ Art. 1022, tweede lid Ger.W.

¹²⁸ Zie B. VAN DEN BERGH en S. SOBRIE, “De RPV en het afwijken van het basisbedrag in de zin van artikel 1022, derde lid Ger.W.” in “Wie zal dat betalen ...?” *De rechtsplegingsvergoeding ont(k)leed*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2021, (101) 103, nr. 117 en de verwijzingen daar.

discretionaire bevoegdheid: volgens het Hof “heeft [de rechter] evenwel *de mogelijkheid* om de partijen uit te nodigen standpunt in te nemen over de restitutie en in voorkomend geval een vordering in dat verband in te stellen.”¹²⁹ Dat zou volgens mij een goede zaak zijn. Daar een heuse verplichting van maken, zou de feitenrechter transformeren tot een bijkomende advocaat voor alle partijen. Dat zou de taakverdeling tussen de verschillende actoren die betrokken zijn bij een geding naar mijn mening zonder voldoende goede reden fundamenteel herijken en de werklast van de (doorgaans reeds zwaar bevroegde) feitenrechters exponentieel verhogen. Dat de feitenrechter verplicht is ambtshalve de relevante rechtsregels toe te passen is één ding; dat die ook nog verplicht zou worden om na te gaan of alle partijen wel alle eisen hebben ingesteld die mogelijk in hun belang zijn, een ander.

§4. Besluit

30. Tot voor het cassatiearrest van 4 september 2020 leek er weinig twijfel over te bestaan dat een rechter niet ambtshalve een niet-gevorderde restitutie mag toekennen. Dat arrest is, zoals het Hof van Cassatie zelf heeft aangegeven,¹³⁰ wellicht een stap verder gegaan, doordat het die mogelijkheid wel lijkt te bieden (op voorwaarde dat de partijen tegenspraak kunnen voeren). De nieuwe principieoverweging die het Hof poneert, is verrassend te noemen. Eigenlijk vroeg die zaak niet om die principieoverweging – het Hof had in die zaak hetzelfde resultaat kunnen bereiken zonder een stap verder te gaan – en die principieoverweging zelf lijkt ofwel louter symbolisch ofwel in beginsel¹³¹ niet bij machte om effectief bij te dragen aan de verwezenlijking van het normdoel. De keuze van het Hof van Cassatie om in een arrest van 10 februari 2022 naar alle waarschijnlijkheid terug te komen op die principieoverweging, is dan ook te onderschrijven.

In het arrest van 10 februari 2022 erkent het Hof van Cassatie voor het eerst expliciet dat de rechter de mogelijkheid heeft “om de partijen uit te nodigen standpunt in te nemen over de restitutie en in voorkomend geval een vordering in dat verband in te stellen.” De vraag rijst bijgevolg in welke omstandigheden het Belgische procesrecht toelaat dat de rechter een dergelijke suggestie doet. Om die vraag te kunnen beantwoorden, lijken het beschikkingsbeginsel, het beginsel van de proceseconomie en het beginsel van de rechterlijke onpartijdigheid richtinggevend. De bijdrage van de twee eerste beginselen spreekt voor zich: door voorzetten te geven aan een partij neemt de rechter geen beslissing voor een partij, zodat het beschikkingsbeginsel zich niet verzet tegen een dergelijke bevoegdheid. Het beginsel van de proceseconomie vormt dan weer het voornaamste argument voor het bestaan van de suggestiebevoegdheid, aangezien men een bijkomend proces kan vermijden indien een partij ingaat op de rechterlijke suggestie. Niettemin kan die suggestiebevoegdheid in sommige situaties op gespannen voet komen te staan met het beginsel van de rechterlijke onpartijdigheid. Om alvast een kleine bijdrage te leveren aan het onderzoek naar dat spanningsveld, heb ik gesuggereerd dat (minstens) een viertal gezichtspunten nuttig kunnen zijn om de grens tussen (verboden) consult geven en (toegelaten) informeren te verduidelijken. ‘Productiebetrokkenheid’, ‘verwachtbaarheid’, de bijzondere aard van de procedure en of er al

¹²⁹ R.o. 3 – eigen cursivering (FP).

¹³⁰ *Jv.Cass.* 2020, 114: “Thans gaat het Hof een stap verder [...]”.

¹³¹ Voor een mogelijke uitzondering, zie *supra*, nr. 16, laatste alinea.

dan niet sprake is van een ‘gered voordeel’ zijn evenwel slechts enkele relevante factoren. Toekomstige uitspraken en onderzoek zullen ongetwijfeld bijkomende facetten belichten van de dynamische taakverdeling tussen rechter, partijen en hun advocaten bij het bepalen van het voorwerp van de vordering.