

DEEL III

DE GEVOLGEN VAN HET CONTRACT VOOR DE CONTRACTPARTIJEN

HOOFDSTUK IV

GRONDEN EN GEVOLGEN VAN HET TENIETGAAN VAN HET CONTRACT

AFDELING 2. DE GERECHTELIJKE EN BUITENGERECHTELIJKE NIETIGVERKLARING³⁵⁸⁴

Frederik PEERAER

§ 1. Inleidende opmerkingen

796. Nietigheid wordt doorgaans omschreven als de sanctie die een overeenkomst³⁵⁸⁵ treft bij haar totstandkoming wanneer die niet aan alle geldigheidsvereisten voldoet en die tot gevolg heeft dat zij niet alle beoogde rechtsgevolgen teweegbrengt.³⁵⁸⁶

Dat maakt meteen duidelijk wat het verschil is met ontbinding en opzegging.³⁵⁸⁷ Terwijl de nietigheid het gevolg is van een probleem bij de totstandkoming, is de ontbinding verbonden aan problemen tijdens de uitvoering van de overeenkomst (meer bepaald aan de toerekenbare niet-nakoming van bepaalde verbintenissen). Net als de ontbinding heeft de opzegging te maken met de uitvoeringsfase. Het verschil is dat opzegging niet afhankelijk is van een wanprestatie: ook als alles volgens plan verloopt, kan het voorkomen dat een partij de overeenkomst d.m.v. een opzegging kan beëindigen.

797. Omdat de theorie van de nietigheden een van de meest complexe is in het verbintenissenrecht³⁵⁸⁸, mag het niet verbazen dat het oud BW daarover slechts enkele verspreide bepalingen bevatte. De afgelopen tweehonderd jaar heeft de doctrine volop gewerkt aan een omvattende theorie, maar dat werk is nog niet afgerond.³⁵⁸⁹ Daardoor bestaat er tot op vandaag nog veel discussie in de doctrine. Dat belette de opstellers van Boek 5 van het nieuwe BW niet om toch zeven artikelen (art. 5.57-5.63 BW) in dat Boek te wijden aan de nietigheid. Hoewel de keuze

³⁵⁸⁴ Deze paragraaf is gelijktijdig geschreven met mijn bijdrage “Totstandkoming, geldigheid en interpretatie van contracten en eenzijdige rechtshandelingen: inhoudelijke vernieuwingen, herformuleringen en metonymieën”, *TPR*, te verschijnen. Daardoor stemmen deze paragraaf en het deel van die bijdrage dat over nietigheid gaat, in sterke mate overeen.

³⁵⁸⁵ Nietigheid is uiteraard ook op andere bronnen van verbintenissen van toepassing. In werkelijkheid kan elke rechtshandeling aangetast zijn door een nietigheidsgrond. Hier is er enkel sprake van de nietigheid van overeenkomsten, omdat dat het meest relevant is. Wat hier geschreven wordt over nietigheid, kan in vele gevallen naar analogie worden toegepast op bv. eenzijdige rechtshandelingen.

³⁵⁸⁶ In die zin *RPDB*, v° *Nullité*, nrs. 6 en 14; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 740, nr. 775; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 399, nr. 127; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, JBB, 2008, (325) 400 e.v., nr. 60 e.v.; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2008, nr. 1; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge – Tome II: Les obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2013, 959, nr. 623. Voor meer bronnen in die zin zie F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *TBBR* 2017, (374) 375, nr. 1, vn. 4.

³⁵⁸⁷ Zie over de ontbinding *infra*, Deel II, Hoofdstuk VIII, Afdeling 3, § 3; over de opzegging *infra*, Deel II, Hoofdstuk VIII, Afdeling 3, § 4.

³⁵⁸⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, *Introduction*, Brussel, Bruylant, 1962, 141 e.v., nr. 96.

³⁵⁸⁹ *Ibid.* Cf. M. FONTAINE en P. WÉRY, “Libres propos sur le droit des obligations contractuelles au lendemain du bicentenaire du Code civil”, *Ann.dr.Louvain* 2003, (357) 359; P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1 - Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 43, nr. 28.

om zeven artikelen in een aparte onderafdeling te wijden aan de nietigheid ogenschijnlijk niet het voorwerp van debat heeft uitgemaakt, is die keuze in rechtsvergelijkend perspectief opvallend te noemen. De meeste van de ons omringende landen hebben in hun BW geen dergelijke regeling.³⁵⁹⁰ Dat is wel het geval voor Frankrijk, waar de Franse *Code civil* sinds de herziening ervan in 2016 diverse aspecten van de nietigheidssanctie regelt in acht artikelen (art. 1178-1185 *Code civil français*).³⁵⁹¹ Het hoeft dan ook niet te verbazen dat die Franse artikelen een sterke inspiratie zijn geweest voor art. 5.57-5.63 BW.

798. De rode draad doorheen art. 5.57-5.63 is dat de nietigheid ‘op maat’ moet worden gemaakt.³⁵⁹² Nietigheid is er dus op gericht de doelstelling van de overtreden norm te ondersteunen. Zij strekt ertoe de naleving van de overtreden rechtsregel te verzekeren; zij is slechts een *accessorium* van die regel. De nietigheid heeft dus geen eigen waarde: haar rol en betekenis hangen dus volkomen af van de doelstelling van de norm waaraan de nietigheid is verbonden.³⁵⁹³ Zoals René Japiot, de grondlegger van de moderne nietigheidsleer, reeds in 1909 schreef: “*La nullité est une sanction qui doit s’adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l’observation, et au milieu où pratiquement elle intervient.*”³⁵⁹⁴ Het is vandaag algemeen aanvaard dat de nietigheid een proportionele reactie moet zijn op de schending van een rechtsregel.³⁵⁹⁵

Dat idee gaat terug op de aanname dat rechtsregels niet zomaar worden uitgevaardigd, maar om een welbepaald doel te bereiken. Anders gezegd: een rechtsregel strekt ertoe bij te dragen aan de verwezenlijking van een bepaald idee van rechtvaardigheid of van een wenselijk geacht gevolg.³⁵⁹⁶ De fundamentele waarden die ten grondslag liggen aan de doelstelling van de rechtsregel zullen bepalen of er ruimte is om de nietigheidssanctie toe te voegen aan die rechtsregel: als de nietigheid onverenigbaar is met die waarden en de nagestreefde gevolgen, valt niet in te zien waarom een overtreding van die rechtsregel tot nietigheid zou moeten leiden.

799. Dat nietigheid geen waarde op zich heeft, heeft belangrijke gevolgen voor de codificatie ervan. Precies omdat zij ondergeschikt is aan de doelstelling van de norm waaraan zij verbonden is, is het niet mogelijk om *in abstracto* en op algemene wijze in een Burgerlijk Wetboek specifieke rechtsgevolgen te bepalen die kunnen verduidelijken welke betekenis nietigheid in een concreet geval heeft. Dat zorgt ervoor dat de artikelen gewijd aan de nietigheid eerder ankerpunten zijn voor juridische redeneringen dan concrete gedragsvoorschriften. Die ankerpunten geven juristen een houvast bij het bepalen van de gevolgen die de overtreding van dwingende normen heeft voor contractuele afspraken en andere rechtshandelingen, maar schrijven nog geen concrete gevolgen voor. De manier waarop de zeven artikelen verwoord zijn, kan mogelijk de indruk geven dat zij die gevolgen op uitputtende wijze bepalen. Die indruk zou verkeerd zijn: zoals hieronder nog wordt verduidelijkt, zijn die bepalingen soms wat grofmazig en/of lacunair. Dat is voor alle duidelijkheid geen kritiek op de regeling op zich,

³⁵⁹⁰ Dat is met name het geval voor onder meer Nederland, Duitsland en Italië. Ook harmonisatieprojecten zoals de DCFR en PICC bevatten geen apart luik waarin de nietigheid op zichzelf wordt geregeld.

³⁵⁹¹ Voor een (kritische) bespreking van die Franse artikelen over de nietigheidssanctie, zie F. PEERAER, “Nullity in the Ordonnance” in S. STIJNS en S. JANSSEN (eds.), *The French Contract Law Reform: a Source of Inspiration?*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 49-72.

³⁵⁹² Zie ook S. STIJNS en S. DE REY, “Het nieuwe verbintenissenrecht in Boek 5 BW – Deel I”, *RW* 2022-23, (923) 937 e.v., nr. 31.

³⁵⁹³ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d’actes juridiques – Essai d’une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 933; *RPDB*, v° Nullité, nrs. 12 en 13; C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge”, *Ann.fac.dr.Lg.* 1962, (243) 264 e.v. Cf. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, *Introduction*, Brussel, Bruylant, 1962, 142, nr. 96, 1°.

³⁵⁹⁴ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d’actes juridiques – Essai d’une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 13. Voor de rol van de concrete omstandigheden bij nietigheid, zie R. JAPIOT, *Des nullités en matière d’actes juridiques – Essai d’une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 168-177; C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge”, *Ann.fac.dr.Lg.* 1962, (243) 265 en 268; F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *TBBR* 2017, (374) 381 e.v., nr. 20 e.v.

³⁵⁹⁵ De toelichting bij het wetsvoorstel Verbintenissen benadrukt dat dan ook: “*Tegenwoordig wordt immers breed gedragen dat de nietigheid, zoals elke sanctie, in verhouding moet zijn met het beoogde doel, d.i. de naleving van de geschonden norm verzekeren*” (wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, Parl.St. Kamer, 2020-21, nr. 1806/001, 63-64 en de talrijke verwijzingen daar).

³⁵⁹⁶ Zie D.N. MACCORMICK en R. SUMMERS, “Interpretation and Justification” in D.N. MACCORMICK en R. SUMMERS (eds.), *Interpreting Statutes – A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1991, (511) 519.

maar is slechts de vaststelling dat een codificatie van de nietigheid in het algemeen nooit volledig recht kan doen aan de vele gedaantes die die sanctie in concrete gevallen kan aannemen.

Omwille van de overzichtelijkheid volgt de onderstaande bespreking van de nietigheid het stramien van art. 5.57-5.63 BW (§§2-8). Aangezien Boek 5 niet expliciet ingaat op de vraag in welke mate contractuele regelingen over de nietigheid mogelijk zijn, wordt die vraag nadien beantwoord (§ 9).

§ 2. Nietigheidsgronden

800. Art. 5.57, eerste lid BW bepaalt dat een contract dat niet voldoet aan de geldigheidsvereisten nietig is. Die koppeling tussen de schending van geldigheidsvereisten en nietigheid is algemeen aanvaard in de Belgische rechtspraak en rechtsleer. Concreet heerst er eensgezindheid over de voornaamste nietigheidsgronden, zoals opgelijst in art. 5.27, eerste lid BW: de vrije en bewuste toestemming van elke partij³⁵⁹⁷, de bekwaamheid van elke partij om contracten aan te gaan, een bepaalbaar voorwerp en een geoorloofde oorzaak.³⁵⁹⁸ In uitzonderlijke gevallen kan ook benadeling ervoor zorgen dat de overeenkomst uitwerking ontbeert.³⁵⁹⁹ Art. 5.57, tweede lid BW bepaalt dat op het ogenblik van de totstandkoming moet worden nagegaan of aan alle geldigheidsvereisten is voldaan.³⁶⁰⁰

Art. 5.57 BW bevat twee belangrijke lacunes. Het artikel bevat namelijk wel een regeling voor vereisten die moeten worden beoordeeld op het ogenblik van de totstandkoming (of preciezer voor bepaalde nietigheidsgronden³⁶⁰¹, op het ogenblik van de toestemming) ('geldigheidsvereisten'), maar zwijgt in alle talen over vereisten die op een later ogenblik moeten worden beoordeeld ('werkzaamheidsvereisten'). Dergelijke vereisten zijn onder meer (de meeste gevallen van) beschikkingsbevoegdheid en de eerbiediging van de grenzen van het beschikbaar deel door giften.³⁶⁰² Of een testator bevoegd is om in zijn testament een goed na te laten aan een bepaalde persoon, hoeft immers niet te worden gecontroleerd op het moment dat dat testament wordt opgesteld, maar wel op een later moment, meer bepaald het moment waarop de nalatenschap openvalt. Of een gift het beschikbaar gedeelte al dan niet overschrijdt (en bijgevolg de inkorting al dan niet kan worden geëist), is evenzeer pas te beoordelen op het moment dat de nalatenschap openvalt.

De tweede lacune die art. 5.57 BW bevat, is dat bepaalde nietigheidsgronden niet worden vermeld. Dat artikel spreekt zich namelijk niet uit over de gevolgen voor de geldigheid van het contract van een schending van de wet of van de openbare orde (met inbegrip van dwingend recht) indien er geen sprake is van een ongeoorloofd voorwerp of een ongeoorloofde oorzaak.³⁶⁰³ Uit de parlementaire voorbereidingsstukken blijkt dat de experts die

³⁵⁹⁷ Dat betekent concreet dat de toestemming niet mag zijn aangetast door dwaling, bedrog, geweld of gekwalificeerde benadeling (ook wel misbruik van omstandigheden genoemd).

³⁵⁹⁸ Zie uitgebreid over die vier geldigheidsvereisten *supra*, Deel II, Hoofdstuk VI. Zie ook F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 137 e.v., nrs. 158-251 en de talrijke verwijzingen daar.

³⁵⁹⁹ Zie art. 5.38 BW: "Een onevenwicht tussen de prestaties van de partijen is geen nietigheidgrond, tenzij de wet anders bepaalt." Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de verkoper bij de koop van een onroerend goed benadeeld is voor meer dan 7/12: zie art. 1674 e.v. oud BW.

³⁶⁰⁰ Zie o.m. Cass. 5 september 2019, AR C.18.0284.N; Cass. 21 april 2017, AR C.16.0439.N; Cass. 27 september 2018, AR C.17.0669.F; Cass. 29 oktober 2018, AR C.18.0152.F. Het is algemeen aanvaard dat de rechter rekening kan houden met bewijselementen die dateren van na de totstandkoming om te bepalen of er ten tijde van de totstandkoming voldaan was aan de geldigheidsvereisten. Zie Cass. 11 april 1991, *Arr.Cass.* 1990-91, 822 en *RW* 1993-94, 1064, noot; Cass. 11 oktober 1991, *TRV* 1992, 83, noot P. VANHOOGHTEN; Cass. 24 september 2007, AR C.06.0107.F; Cass. 28 november 2013, AR C.13.0233.N; Cass. 12 februari 2015, AR C.14.0330.F.

³⁶⁰¹ Meer bepaald de toestemmingsgebreken en de handelingsbekwaamheid. Zie daarover F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 270 e.v., nr. 309 e.v.

³⁶⁰² Zie uitgebreid, met meer voorbeelden, F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 274 e.v., nr. 313 e.v.

³⁶⁰³ Zie art. 1.3, derde tot en met vijfde lid BW. Voor een gedetailleerd overzicht van de situaties waarin een overeenkomst geen uitwerking kan krijgen wegens strijdigheid met de goede zeden, normen van openbare orde of van dwingend recht, zie C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *Les nouvelles*, IV, *Théorie générale des obligations*, Brussel, Larcier, 1957, nrs. 1260-1914; A. VAN OEVELEN, B. CATTOIR, A. COLPAERT, M. VAN LOON, R. VINCKX en L. VAN VALKENBORGH, "De nietigheid van overeenkomsten wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden: algemene beginselen en een grondslagenonderzoek", *TPR* 2011, (1355) 1355-1420. Zie uitgebreid L. CORNELIS, *Openbare orde*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 944 p. Voor concrete toepassingen in de rechtspraak tussen 2012 en 2015, zie F. PEERAER, "Actuele ontwikkelingen inzake de totstandkoming en nietigheid van contracten en

de wetsvoorstellen voor Boek 1³⁶⁰⁴ en Boek 5³⁶⁰⁵ hebben opgesteld, van mening waren dat uit art. 5.57 BW voortvloeit dat enkel een schending van de geldigheidsvereisten tot nietigheid kan leiden. Het voorgestelde art. 1.3, tweede lid BW maakte dan ook expliciet de koppeling tussen de openbare orde en het vereiste van een geoorloofd voorwerp en een geoorloofde oorzaak.³⁶⁰⁶ Daarmee volgden de experts de manier waarop de Belgische cassatierechtspraak³⁶⁰⁷ en rechtsleer³⁶⁰⁸ dat vraagstuk traditioneel benaderen.³⁶⁰⁹ Zij kennen doorgaans geen autonome draagwijdte toe aan de bepaling die verbiedt tegen de openbare orde (en/of dwingend recht) te handelen³⁶¹⁰ en vereisen dat de schending van de openbare orde gepaard gaat met een ongeoorloofd voorwerp en/of een ongeoorloofde oorzaak opdat die schending tot nietigheid kan leiden. In de loop van het parlementaire proces is ervoor gekozen om die traditionele benadering te verlaten en om rechtshandelingen wel rechtstreeks te toetsen aan de openbare orde (zonder de tussenstap van de geoorloofdheid van voorwerp en/of oorzaak).³⁶¹¹ Dat heeft als gevolg dat geen enkele bepaling de gevolgen regelt van strijdigheid met wettelijke bepalingen en/of de openbare orde indien er geen ongeoorloofd voorwerp of een ongeoorloofde oorzaak is. Die keuze om de traditionele benadering te verlaten verdient bijval, omdat die tussenstap het beoordelen van de (on)geldigheid van contracten die in strijd zijn met de openbare orde of wettelijke bepalingen schenden nodeloos complex en technisch maakt en daardoor weinig transparant.³⁶¹² Daarnaast voegt die tussenstap niets toe aan de uitzondering op de

contractuele bedingen” in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht – Themis nr. 95*, Brugge, die Keure, 2015, (45) 61 e.v., nr. 35 e.v.

³⁶⁰⁴ Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 1 “Algemene bepalingen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer 2020-2021*, nr. 55-1805/001, 13: “Aldus blijkt uit artikel 5.57, eerste lid, dat de nietigheid van het contract enkel kan resulteren uit het feit dat het contract niet voldoet aan de geldigheidsvereisten ervan, die zijn opgesomd in artikel 5.27, waaronder de vereiste van een geoorloofd voorwerp (artikel 5.51) en een geoorloofde oorzaak (artikel 5.56). Ook in de toekomst vormt de loutere schending van de openbare orde bij de totstandkoming van het contract an sich geen nietigheidsgrond van het contract indien het, voor het overige, een geoorloofd voorwerp en een geoorloofde oorzaak heeft.”

³⁶⁰⁵ Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer 2020-2021*, nr. 55-1806/001, 54 (over de ongeoorloofdheid van het voorwerp): “Een overeenkomst is slechts nietig wanneer zij een toestand creëert of in stand houdt die onduelbaar is, want strijdig is met de openbare orde of dwingende wetsbepalingen. Met andere woorden: niet elke inbreuk op een dwingende bepaling, zelfs al wordt zij strafrechtelijk gesanctioneerd, leidt noodzakelijk tot nietigheid (zie ook artikel 5.57). De rechter moet dus de ratio legis onderzoeken. Thans wordt reeds door de rechtspraak aangenomen dat de overtreding van een norm van openbare orde of van dwingend recht bij de contractsluiting slechts de nietigheid van de overeenkomst tot gevolg heeft wanneer deze overtreding tot gevolg heeft dat het voorwerp van de overeenkomst ongeoorloofd is (Cass. 30 januari 2015, nr. C.14 0285.N, Arr.Cass., 2015, 276, R.C.J.B., 2017, 189 noot Cornelis).”

³⁶⁰⁶ “Er kan niet worden afgeweken van de openbare orde. Bijgevolg moet elke rechtshandeling een geoorloofd voorwerp en geoorloofde oorzaak hebben.”

³⁶⁰⁷ Zie bv. Cass. 30 september 2021, AR C.21.0002.N: “Een overeenkomst is dus slechts nietig wegens strijdigheid met de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen wanneer zij een ongeoorloofd voorwerp of een ongeoorloofde oorzaak heeft.” Cf. Cass. 18 maart 2021, C.20.0261.F: “Pour le surplus, l’objet d’une obligation est illicite lorsqu’elle tend au maintien d’une situation contraire à l’ordre public ou à l’obtention d’un avantage illicite. La nature pécuniaire de l’engagement du débiteur n’exclut pas que cette obligation tende au maintien d’une situation ou à l’obtention d’un avantage illicite.”

³⁶⁰⁸ Bv. P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge - Tome II: Les obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2013, 337 e.v., nr. 215.

³⁶⁰⁹ Zie ook R. JAFFERALI, “La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés”, *JT* 2023, (21) 35 e.v., nr. 37.

³⁶¹⁰ Vroeger art. 2 oud BW, thans art. 1.3, derde lid BW.

³⁶¹¹ Meer bepaald door amendement nr. 5. Zie Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek - Amendementen, *Parl.St. Kamer 2020-2021*, nr. 55-1806/003, 9. Hoewel de verantwoording van dat amendement daar niet dieper op ingaat, is tijdens de toelichting ervan verduidelijkt dat er dus niet langer wordt verwezen naar een ongeoorloofd voorwerp en ongeoorloofde oorzaak: zie Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek - Amendementen, *Parl.St. Kamer 2020-2021*, nr. 55-1806/004, 15.

³⁶¹² Zie ook de kritische noot van L. CORNELIS, “Onbekend is onbemind (het weinig benijdenswaardige lot van het gebiedende en verbiedende recht)” (noot onder Cass. 30 januari 2015), *BFR* 2015, (264) 264 e.v. Terecht hebben meerdere auteurs dan ook kritiek geuit op de exclusieve toetsing van de (on)geoorloofdheid door de voorwerp- en oorzaakvereisten: zie bv. L. CORNELIS, “De schorsing van verbintenissen”, *TPR* 2008, (467) 505 e.v., nr. 60; L. CORNELIS, “De achtereenkomst” in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten - Welke toekomst beschoren? Autonomie de la volonté, liberté contractuelle et contrats d’entreprise - Quel avenir?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (25) 37 e.v., nr. 24; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 175, nr. 261; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 156, nr. 143; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 301 e.v., nr. 351 e.v.

nietigheidssanctie die art. 5:57, tweede lid BW bevat: alle beperkingen aan de nietigheid die men via de ongeoorlooftheid van voorwerp en/of oorzaak verwezenlijkte, zijn ook mogelijk via de uitweg die art. 5:57, tweede lid BW biedt.

801. Krachtens art. 5:57, tweede lid BW blijft het contract, ondanks de schending van een of meer geldigheidsvereisten, geldig in de gevallen die de wet bepaalt of wanneer uit de omstandigheden blijkt dat de nietigheid kennelijk ongeschikt zou zijn, gelet op het doel van de geschonden regel. Hoe revolutionair die bepaling ook mag klinken,³⁶¹³ in het verleden is al enkele malen geoordeeld dat een beroep op de nietigheidssanctie rechtsmisbruik kan uitmaken.³⁶¹⁴ Voor het antwoord op de vraag hoe kan worden bepaald wanneer de nietigheidssanctie ‘ongeschikt’ zou zijn, verwijzen de parlementaire voorbereidingsstukken³⁶¹⁵ naar art. II.-7:302 (3) DCFR³⁶¹⁶ of art. 3.3.1 (3) UPICC^{3617, 3618}.

De manier waarop art. 5:57, tweede lid BW is geformuleerd, doet enkele vragen rijzen. De eerste vraag is wat het toepassingsgebied van dat lid is. Een interpretatie op basis van de gebruikelijke betekenis van de gehanteerde woorden doet vermoeden dat dat lid enkel van toepassing is op contracten die in strijd zijn met de geldigheidsvereisten. Enkel voor schendingen van die vereisten is bepaald dat dergelijke schendingen in principe tot nietigheid leiden, maar dat het contract in uitzonderlijke gevallen toch geldig kan zijn. Daarmee blijft echter de lacune in verband met schendingen van de openbare orde en/of wettelijke bepalingen bestaan. Wanneer leiden dergelijke schendingen tot nietigheid en wanneer niet? Er is geen bezwaar om de regeling die geldt met betrekking tot strijdigheid met de geldigheidsvereisten naar analogie toe te passen op strijdigheid met de openbare orde en/of wettelijke bepalingen, op voorwaarde dat men de hierna volgende tweede en derde vraag over art. 5:57, tweede lid BW ook voor die gevallen stelt.

De tweede vraag in verband met art. 5:57, tweede lid BW, is of nietigheid inderdaad de regel is en geldigheid de uitzondering. Wordt nietigheid steeds (dan wel minstens bij de schending van geldigheidsvereisten) vermoed? Zeker wanneer de geschonden wettelijke bepaling op geen enkele wijze uitspraak doet over de impact van die schending op de geldigheid van het contract dat de wettelijke bepaling heeft geschonden, moet men aan de hand van de gebruikelijke interpretatiemethoden bepalen of de nietigheid al dan niet (kennelijk) ongeschikt is, zonder daarbij te veronderstellen dat het contract in principe nietig is.³⁶¹⁹ Er is immers geen inhoudelijke reden waarom

³⁶¹³ Volgens Rafaël Jafferli, lid van de Commissie tot hervorming van het verbintenissenrecht (die Boek 5 heeft voorbereid), vertegenwoordigt dat lid evenwel “*dans une certaine mesure du moins, une véritable innovation*”: R. JAFFERLI, “La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés”, *JT* 2023, (21) 36, nr. 38.

³⁶¹⁴ Zie Cass. 22 september 2008, AR S.05.0102.N; Cass. 2 april 2015, AR C.14.0281.F. Specifieke voorbeelden betreffen vooral relatieve nietigheden: zie bv. Luik 12 mei 2016, *DAOR* 2017, 61 (over de schending van bepaalde regels uit de toenmalige wet 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten) en Cass. 24 juni 2010, AR C.09.0065.N (over eventueel rechtsmisbruik bij de schending van informatieverplichtingen uit het Bodemdecreet).

³⁶¹⁵ Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-2021, nr. 55-1806/001, 77.

³⁶¹⁶ Art. II.-7:302 (2) en (3) DCFR luiden als volgt: “(2) *Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement on the validity of a contract, a court may; (a) declare the contract to be valid; (b) avoid the contract, with retrospective effect, in whole or in part; or (c) modify the contract or its effect.* (3) *A decision reached under paragraph (2) should be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether the infringement was intentional; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract.*”

³⁶¹⁷ Art. 3.3.1 (2) en (3) UPICC luiden als volgt: “(2) *Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the parties have the right to exercise such remedies under the contract as in the circumstances are reasonable.* (3) *In determining what is reasonable regard is to be had in particular to: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether one or both parties knew or ought to have known of the infringement; (f) whether the performance of the contract necessitates the infringement; and (g) the parties’ reasonable expectations.*”

³⁶¹⁸ Voor een bespreking van de criteria die die projecten voorstellen, zie F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *TBBR* 2017, (374) 378 e.v., nr. 12 e.v. en de talrijke verwijzingen daar.

³⁶¹⁹ Cf. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, Springer, 1965, § 17, nr. 1: “*Die Vorschrift des § 134 besagt in Wirklichkeit nichts. Es wird in § 134 nicht etwa eine Vermutung oder eine Interpretationsregel für die Verbotsgesetze*

men bij de beoordeling van de geschiktheid van de nietigheidssanctie zou moeten vertrekken van het standpunt dat het contract nietig is. De DCFR en de UPICC bevatten om die reden geen voorkeur voor nietigheid of geldigheid: beide staan op gelijke voet. § 134 van het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch*³⁶²⁰, dat in 1896 is uitgevaardigd en in de parlementaire voorbereidingsstukken wordt vermeld,³⁶²¹ mag dan wel die indruk geven, de Duitse doctrine is verdeeld over het antwoord op de vraag of men in die formulering wel een dialectiek van ‘principe’ en ‘uitzondering’ mag lezen.³⁶²²

De derde vraag die rijst, is waarom de ongeschiktheid van de nietigheid ‘kennelijk’ moet zijn. In de parlementaire voorbereidingsstukken wordt verwezen naar het (vermeende) “*uitzonderlijke karakter van deze situatie*”³⁶²³, maar zoals gezegd lijkt er geen inhoudelijke reden te zijn waarom die situatie een uitzonderlijk karakter zou hebben. De term ‘kennelijk’ doet bovendien uitschijnen dat een rechter zich zou moeten beperken tot een zogenaamde marginale toetsing. Ook daar lijkt hier geen goede reden voor te zijn. ‘Marginale toetsingen’ vergen terughoudendheid van beoordelaars (zoals rechters) om te vermijden dat zij zich op onaanvaardbare wijze mengen in de beleidsvrijheid die een bepaalde persoon heeft (bijvoorbeeld een bestuur bij het verrichten van bestuurlijke handelingen of een gewone burger bij het verrichten van rechtshandelingen). Waarom zou een rechter zich hier terughoudend moeten opstellen? Oordelen of de nietigheid in een concreet geval een geschikte sanctie is, doet immers op geen enkele wijze afbreuk aan de beleidsvrijheid van de wetgever indien die geen keuze heeft gemaakt met betrekking tot de impact die de schending van de wet zou moeten hebben op de geldigheid van het contract.

802. Om te oordelen of de nietigheid al dan niet (kennelijk) ongeschikt is, zal men uiteindelijk moeten antwoorden op deze vraag: kan nietigheid, gelet op de concrete omstandigheden, op proportionele wijze bijdragen tot de verwezenlijking van de doelstelling van de geschonden norm?³⁶²⁴ Bij zijn beoordeling moet de rechter rekening houden met diverse factoren, zoals (1) de inhoud van de handeling die de norm overtreedt, (2) de doelstelling van die handeling, (3) de doelstelling van de geschonden norm, (4) de bestemmelingen van de norm, (5) de belangen van de gemeenschap en van derden en (6) – zij het slechts hoogst uitzonderlijk – het intentionele karakter van de schending.³⁶²⁵

Een cassatiearrest van 10 maart 2023³⁶²⁶ illustreert het belang van de eerste drie vermelde factoren. Kopers kopen in 2016 een nieuw te bouwen tweeslaapkamerappartement waarvoor reeds in 2015 een bouwvergunning is verleend. Op voorstel van de kopers wordt de indeling van het appartement gewijzigd. In de authentieke akte verbinden verkopers zich ertoe het nodige te doen om de bouwvergunning te regulariseren. In 2017 stelt de vergunning vast dat er slechts één slaapkamer overblijft en dat die ene slaapkamer over onvoldoende lichtinval en luchttoevoer beschikt. Om dat probleem te verhelpen, zouden de badkamer en de slaapkamer gewisseld moeten

aufgestellt, daß diese ‚im Zweifel‘ die Nichtigkeit des verbotswidrigen Geschäfts begründeten. Was die Frage der Nichtigkeit anbetrifft, kommt es vielmehr jeweils ausschließlich auf das einzelne Verbotsgesetz an. Für das einzelne Verbotsgesetz muß, wenn die Nichtigkeitsfolge nicht ausdrücklich bestimmt ist, nach den Grundsätzen der Auslegung ermittelt werden, ob die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts dem Sinn des Verbotsgesetzes entspricht.”

³⁶²⁰ “Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.”

³⁶²¹ Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-2021, nr. 55-1806/001, 74 en 75.

³⁶²² Zie de verwijzingen bij M. WOLF en J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 2012, 526, § 45, nr. 2.

³⁶²³ Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-2021, nr. 55-1806/001, 76. Zie ook R. JAFFERALI, “La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés”, *JT* 2023, (21) 37, nr. 38.

³⁶²⁴ Zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 222 e.v., nr. 250. Voor meer toelichting, zie o.m. F. PEERAER, “Nietigheid op maat: proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie”, *TPR* 2016, (179) 229 e.v., nr. 52 e.v.; F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *TBBR* 2017, (374) 376 e.v., nr. 6 e.v. Zie ook F. PEERAER, “De financiële crisis en de wrange nasmaak van de gevolgen van de nietigheid van een overeenkomst tot overdracht van aandelen” (noot onder Cass. 13 januari 2017), *TRV-RPS* 2018, (45) 45 e.v.

³⁶²⁵ Zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 222 e.v., nr. 250 en de verwijzingen daar. Voor een uitgebreide toelichting van die factoren, zie F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *TBBR* 2017, (374) 378 e.v., nr. 13 e.v.

³⁶²⁶ AR C.22.0119.N. De feitschets die hierna volgt, is een beknopte weergave van de relevante feiten in de cassatievoorziening.

worden. Verkopers nemen een nieuw vergunningsinitiatief waarbij de badkamer en de slaapkamer één grote ruimte zouden worden. Die wijziging zou het appartement stedenbouwkundig in orde maken. Kopers kunnen zich niet vinden in (onder meer) die wijziging en vorderen de nietigheid, omdat de wijzigingen volgens hen afbreuk doen aan het voorwerp van de overeenkomst. De bestreden uitspraak volgt de kopers niet en verklaart de overeenkomst niet nietig. Die uitspraak betreft bij de motivering van dat oordeel niet de vraag of die aanpassingswerken een wijziging inhouden van de essentiële elementen van de koop. Omdat de bestreden uitspraak dat niet doet, wordt die door het Hof van Cassatie vernietigd. Dat Hof poneert in zijn arrest deze principsoverweging: “*Behoudens de wet zich hiertegen verzet, blijft de overeenkomst in stand indien de ongeoorloofdheid van de overeenkomst wordt of kan worden ongedaan gemaakt, derwijze dat het doel dat de wet beoogt, wordt of kan worden bereikt. Het ongedaan maken van de ongeoorloofdheid van de overeenkomst is evenwel slechts mogelijk indien daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de essentiële elementen van de overeenkomst.*” Bij het oordeel of de nietigheid in een dergelijk geval al dan niet geschikt is, moet de rechter dus niet alleen rekening houden met de doelstelling van de overtreden norm, maar ook met de inhoud van de overeenkomst en het doel dat de partijen daarmee nastreven.

803. In vele gevallen zal het resultaat van die afweging zijn dat de overeenkomst wel degelijk nietig is. In het algemeen is de nietigverklaring zinvol telkens als men daardoor kan vermijden dat een ongeoorloofde toestand gecreëerd of in stand gehouden wordt. Met name wanneer de overeenkomst nog geen uitvoering heeft gekregen en een partij de uitvoering ervan vordert (hetzij in natura, hetzij bij equivalent) is de nietigheid een nuttig instrument. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een partij levering van het beloofde goed eist hoewel dat goed niet in de handel is of wanneer de afspraak tussen partijen de staat en bekwaamheid van minstens een van hen op ongeoorloofde wijze aan banden leggen (bijvoorbeeld door de vrijheid te beperken om uit de echt te scheiden)^{3627, 3628}.

Enkele voorbeelden kunnen verduidelijken in welke gevallen het contract geen ongeoorloofd voorwerp of ongeoorloofde oorzaak heeft en wanneer de nietigheid geen proportionele remedie is. Dat is onder meer³⁶²⁹ het geval bij:

- Een verkoop buiten sluitingstijd.³⁶³⁰
- Een verkoop van een onroerend goed wanneer bij de contractsluiting een bepaald wettelijk voorgeschreven attest ontbreekt.³⁶³¹
- De schending door een bank van het toenmalige art. 4 Antiwitwaswet³⁶³², dat haar verplicht om een klantenonderzoek te verrichten en de personen te identificeren (en hun identiteit te controleren) die namens de vennootschap zijn opgetreden³⁶³³.
- Een uitvoering van een overeenkomst tot oprichting van een woning en bijbehorende garage in strijd met de stedenbouwkundige vergunning, waarbij de nietigverklaring van de overeenkomst niet kan verhinderen dat het resultaat dat het ruimtelijkeorderingsrecht wenste te vermijden (meer bepaald dat het niveauverschil tussen huis en garage beperkt bleef tot 8 cm) reeds is ingetreden en dat de termijn om

³⁶²⁷ Arbitragehof 9 januari 1996, arrest nr. 4/96, BS 27 februari 1996, overweging B.18; Cass. 9 december 1994, *Arr.Cass.* 1994, 1091, *EJ* 1995, 11, noot B. POELMANS, *R.Cass.* 1995, 62, noot C. DE BUSSCHERE.

³⁶²⁸ Over het vereiste dat het voorwerp geoorloofd moet zijn, zie *supra*, Deel II, Hoofdstuk VI, Afdeling 3, § 5, A.

³⁶²⁹ Voor meer voorbeelden, zie F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *TBBR* 2017, (374) 378 e.v., nr. 13 e.v. en de rechtspraak vermeld en besproken door F. GEORGE, “Object, cause et régime des nullités” in T. DERVAL, R. JAFFERALI en B. KOHL (eds.), *La réforme du droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2023, (249) 251 e.v., nr. 4.

³⁶³⁰ Expliciet vermeld als voorbeeld in Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-2021, nr. 55-1806/001, 54.

³⁶³¹ Expliciet vermeld als voorbeeld in Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-2021, nr. 55-1806/001, 54.

³⁶³² Wet 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, *BS* 9 februari 1993, 2828.

³⁶³³ Cass. 30 januari 2015, AR C.14.0285.N.

publiekrechtelijke maatregelen op te leggen wellicht (al lang) verstreken is³⁶³⁴.³⁶³⁵ Dat bouwwerken in strijd met de stedenbouwkundige vergunning zijn uitgevoerd, verhindert niet dat de vordering tot afbraak van die werken toelaatbaar is.³⁶³⁶ Ook huurovereenkomsten die als voorwerp een pand hebben dat opgericht is met miskennis van het ruimtelijkeordeningsrecht, zijn niet noodzakelijk nietig.³⁶³⁷

- De schending van het gelijkheids- en transparantiebeginsel (art. 49 en 56 VWEU) door een aanbestedende dienst wanneer die aan een marktdeelnemer uit dezelfde lidstaat een dienstenconcessie gunt met een duidelijk grensoverschrijdend belang, maar waarbij zou blijken dat er geen enkele potentiële marktspeeler is of indien dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk zouden maken dat de opdracht of de concessie voortgang vindt.³⁶³⁸
- De schending van de woonkwaliteitsnormen neergelegd in de Vlaamse Wooncode. Dat die normen een openbare orde-karakter hebben, sluit niet uit dat de huurder gerechtigd is om te opteren voor de sanctieregeling van artikel 2, § 1, Woninghuurwet door van de verhuurder de uitvoering van de noodzakelijke werken te vorderen of de ontbinding van de overeenkomst te vragen.³⁶³⁹
- De schending van art. 19 van het koninklijk besluit van 5 augustus 1991, dat vermogensbeheerders ertoe verplicht, alvorens een overeenkomst inzake vermogensbeheer te sluiten, hun cliënten om de nodige toelichting vragen over hun beleggingservaring en hun doelstellingen wat betreft de gevraagde diensten.³⁶⁴⁰

Wanneer een contract wettelijke voorschriften schendt, bestaat de mogelijkheid dat andere sancties (zoals strafrechtelijke, bestuursrechtelijke, fiscale of stedenbouwkundige sancties voor de overtreder van de norm) meer geschikt zijn. Het grote verschil tussen nietigheid en die alternatieve maatregelen is dat nietigheid inwerkt op de overeenkomst en dus op de positie van alle betrokken partijen. Als de nietigheid ervoor zorgt dat de ene partij geen recht meer heeft op een bepaalde prestatie, impliceert dat dat de andere partij niet meer verplicht is om die prestatie te leveren. Door nietigheid te gebruiken als een manier om één partij te bestraffen ontvangt de wederpartij onvermijdelijk ook – zonder goede reden – een voordeel. De vermelde alternatieve maatregelen geven daarentegen geen dergelijk voordeel aan de wederpartij; zij werken immers slechts in op de positie van de te bestraffen partij, waardoor de wederpartij terecht buiten schot blijft.³⁶⁴¹

§ 3. Indeling van de nietigheden

804. Art. 5.58 BW deelt de nietigheden in in twee categorieën, namelijk ‘absolute’ en ‘relatieve’ nietigheden.

³⁶³⁴ Zie daarover F. PEERAER, “Ook bij bouwovertreiding kan koop uitwerking krijgen: de gedachte van maatwerk achter nietigheid eens te meer toegepast” (noot onder Cass. 7 november 2019), *TBBR* 2020, (476) 481, nr. 16.

³⁶³⁵ Cass. 7 november 2019, AR C.19.0061.N. Voor kritiek op dat arrest, zie bv. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 273 e.v., nr. 316 en 364 e.v., nr. 430; T. TANGHE, “Beëindiging van contracten - huidig versus toekomstig nieuw verbintenissenrecht” in J. BAECK, I. CLAEYS en A. WYLLEMAN (eds.), *Hervorming van het verbintenissen- en goederenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2022, (229) 242 e.v. 479 e.v., nr. 9 e.v.

³⁶³⁶ Cass. 18 juni 2021, AR C.20.0547.N.

³⁶³⁷ Voor een geval waarin een Vrederechter tot het oordeel kwam dat er in een specifieke zaak geen voldoende grond was om tot nietigheid te besluiten, zie Vred. Kapellen 25 mei 2021, *RW* 2021-22, afl. 20, 804.

³⁶³⁸ Cass. 22 januari 2021, AR C.19.0303.N. In dat arrest vermeldt het Hof louter dergelijke mogelijkheden en heeft het dus nog niet geoordeeld dat feitenrechters terecht tot het besluit konden komen dat aan minstens een van die vereisten was voldaan. Zie over dat arrest ook I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 365 e.v., nr. 431 e.v.

³⁶³⁹ Cass. 6 januari 2022, AR C.21.0089.N. Vgl., met betrekking tot de Brusselse woningkwaliteitsnormen, Vred. Schaarbeek (2) 15 december 2021, *JLMB* 2022, afl. 7, 301.

³⁶⁴⁰ Brussel 3 september 2021, *DAOR* 2022, afl. 142, 111, noot E. OWEN en C. STEYAERT. De annotatie bij dat arrest vermeldt soortgelijke zaken, waarbij de feitenrechter in bepaalde gevallen wel en in andere gevallen niet tot nietigheid besluit.

³⁶⁴¹ Over het onderscheid tussen ‘verhoudingsgeoriënteerde’ en ‘partijgeoriënteerde’ maatregelen, zie F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?”, *TBBR* 2017, (374) 385 e.v., nr. 31 e.v. en de verwijzingen daar; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 222 e.v., nr. 250 en de verwijzingen daar.

Nadat dat klassieke onderscheid is toegelicht (en bekritiseerd), komen nog drie bijkomende onderverdelingen aan bod, namelijk ‘natuurlijke vs. politieke nietigheden’, ‘tekstuele vs. virtuele nietigheden’ en ‘nietigheden rechtens vs. facultatieve nietigheden’. Het is niet helemaal duidelijk waarom het Burgerlijk Wetboek enkel die eerste indeling vermeldt, maar wellicht speelt een grote rol dat de doctrine enkel die eerste indeling stelselmatig bespreekt.

A. ABSOLUTE VS. RELATIEVE NIETIGHEDEN

805. Binnen de erg diverse groep van nietigheden wordt het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheden het vaakst gemaakt.³⁶⁴² De intensiteit en de gevolgen zijn dezelfde bij beide soorten. Het verschil heeft te maken met het voornaamste belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen. Geheel in lijn met de doctrine vermeldt art. 5.58, eerste lid BW dat de nietigheid absoluut is als de overtreden norm in hoofdzaak het algemeen belang beoogt te beschermen; art. 5.58, tweede lid BW vult aan dat de nietigheid relatief is als de overtreden norm in hoofdzaak particuliere belangen beoogt te beschermen. De absolute nietigheid is bv. van toepassing op overeenkomsten met een ongeoorloofd voorwerp of een ongeoorloofde oorzaak – voor zover de ongeoorlooftheid het gevolg is van de schending van een norm die het algemeen belang beoogt te beschermen.³⁶⁴³ Toestemmingsgebreken³⁶⁴⁴ (zoals dwaling, bedrog, geweld en – vanuit een bepaald perspectief – misbruik van omstandigheden) en handelingsonbekwaamheid³⁶⁴⁵ leiden dan weer tot een relatieve nietigheid.³⁶⁴⁶

806. Art. 5.58 BW volgt de meerderheid van de doctrine door het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheden te koppelen aan het onderscheid tussen regels van openbare orde en regels van dwingend recht: de schending van een regel van openbare orde³⁶⁴⁷ zou leiden tot een absolute nietigheid; die van een regel van dwingend recht³⁶⁴⁸ tot een relatieve nietigheid.³⁶⁴⁹ Claeys en Tanghe moeten worden bijgetreden in hun stelling

³⁶⁴² Voor een gedetailleerde analyse van het onderscheid tussen die soorten nietigheden, zie M. DUPONT, “Nullité absolue et nullité relative” in P. WÉRY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (33) 59 e.v., nr. 16 e.v.

³⁶⁴³ Voor het voorwerp als geldigheidsvereiste, zie *supra*, Deel II, Hoofdstuk VI, Afdeling 3; voor de oorzaak als geldigheidsvereiste, zie *supra*, Deel II, Hoofdstuk VI, Afdeling 4.

³⁶⁴⁴ Voor de toestemmingsgebreken, zie *supra*, Deel II, Hoofdstuk VI, Afdeling 1, § 2 e.v.

³⁶⁴⁵ Voor de handelingsbekwaamheid, zie *supra*, Deel II, Hoofdstuk VI, Afdeling 2.

³⁶⁴⁶ Het is soms betwist of een bepaalde nietigheidsgrond tot de ene dan wel tot de andere categorie behoort. Dat is bijvoorbeeld het geval voor de onmogelijkheid of onbepaalbaarheid van het voorwerp of de afwezigheid van de oorzaak. Zie daarover uitgebreider F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 415 e.v., nr. 457 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁶⁴⁷ Art. 1.3, derde lid BW omschrijft een dergelijke regel als volgt: “*Is van openbare orde de rechtsregel die de essentiële belangen van de staat of van de gemeenschap raakt of die in het privaatrecht de juridische grondslagen bepaalt waarop de maatschappij berust, zoals de economische orde, de morele orde, de sociale orde of de orde van het leefmilieu.*” Die omschrijving is, behalve wat het voorbeeld van de orde van het leefmilieu betreft, vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie: Cass. 9 december 1948, *Arr.Cass.* 1948, 615 en *Pas.* 1948, I, 699, nadien bevestigd in o.m. Cass. 5 mei 1949, *Pas.* 1949, I, 335; Cass. 22 december 1949, *Arr.Cass.* 1950, 244 en *Pas.* 1950, I, 266; Cass. 15 maart 1968, *Arr.Cass.* 1968, 936 en *Pas.* 1968, I, 884; Cass. 10 november 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 299 en *Pas.* 1979, I, 309; Cass. 30 juni 2016, AR F.15.0014.N; Cass. 4 mei 2018, AR C.16.0145.F. Zie ook H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, *Introduction*, Brussel, Bruylant, 1962, 111, nr. 91. Voor kritiek en andere omschrijvingen, zie de bespreking bij F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 213 e.v., nr. 243 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁶⁴⁸ Art. 1.3, vierde lid BW omschrijft een dergelijke regel als volgt: “*Is van dwingend recht de rechtsregel die is vastgesteld ter bescherming van een partij die door de wet als zwakker wordt gehouden.*”

³⁶⁴⁹ Zie bv. W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 81, nr. 28; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 292; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 38 e.v., nr. 49 e.v.; M. DUPONT, “Nullité absolue et nullité relative” in P. WÉRY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (33) 57, nr. 16; A. VAN OEVELEN e.a., “De nietigheid van overeenkomsten wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden: algemene beginselen en een grondslagenonderzoek”, *TPR* 2011, (1355) 1366, nr. 17; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge – Tome II: Les obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2013, 361, nr. 219 en de verwijzingen daar.

dat die koppeling weinig zegt,³⁶⁵⁰ waardoor art. 5:58 BW hoogstens een geringe meerwaarde heeft. Een minderheid uit kritiek op die koppeling. Conceptueel gezien maken regels van (louter) dwingend recht integraal deel uit van de openbare orde aangezien normen van dwingend recht eveneens van fundamenteel belang zijn voor de samenleving. Die minderheid is van oordeel dat de meerderheidsvisie het belang (*l'importance*) van de norm verwacht met het belang (*l'intérêt*) dat de norm beoogt te beschermen.³⁶⁵¹

807. De tekst van art. 5:58 BW doet uitschijnen dat het enige (andere) verschil tussen absolute en relatieve nietigheden verband houdt met de personen die zich op de nietigheid kunnen beroepen: absolute nietigheden zouden door iedere belanghebbende kunnen worden ingeroepen, terwijl enkel de beschermde persoon zich op relatieve nietigheden kan beroepen. Doorgaans vermeldt de rechtsleer dat het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid niet alleen te maken heeft met het aantal personen dat zich op de nietigheid kan beroepen, maar ook met de mogelijkheid om afstand te doen van de geboden bescherming, de taak van de rechter en de toepasselijke verjaringsregels.³⁶⁵² Die eerste twee verschilpunten worden hieronder besproken; de toepasselijke verjaringsregels worden behandeld bij de bespreking van de ‘verjaring van de nietigheid’.³⁶⁵³

808. Wanneer men het van naderbij bekijkt en met recente evoluties rekening houdt, lijkt de mogelijkheid om afstand te doen evenwel het enige onmiskenbare element dat het mogelijk maakt om beide soorten nietigheden van elkaar te onderscheiden. Wat relatieve nietigheden kenmerkt, is dat de persoon die zich op de nietigheid kan beroepen, over een keuzerecht beschikt. Zodra de beoogde beschermingstoestand bereikt is³⁶⁵⁴, kan de beschermde persoon kiezen om ofwel een beroep te doen op de nietigheidsgrond, ofwel afstand te doen van de geboden bescherming. Aangezien absolute nietigheden ertoe strekken het algemeen belang te beschermen, lijkt een dergelijke afstand ondenkbaar in nagenoeg alle gevallen.³⁶⁵⁵ De handeling waarmee de beschermde persoon afstand doet, zou immers aangetast zijn door dezelfde nietigheidsgronden als de handeling die die persoon beoogt te bevestigen.³⁶⁵⁶ Denk bijvoorbeeld aan de bevestiging van een overeenkomst waarbij de ene partij een andere opdraagt een moord te plegen tegen een vergoeding. Die overeenkomst is nietig omdat ze ongeoorloofde gevolgen zou creëren. De opdrachtgever kan geen afstand doen van de mogelijkheid om zich op de nietigheid te beroepen en bijvoorbeeld beloven dat hij toch het beloofde voorschot zal betalen, omdat die afstand eveneens ongeoorloofde gevolgen zou creëren.

³⁶⁵⁰ I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 31, nr. 24 en 39, nr. 32. In de meest recente versie van dat handboek beperken de auteurs zich tot de stelling dat onder meer de definitie van de absolute en relatieve nietigheid “de kritische toets niet [kan] doorstaan”: I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 37, nr. 30.

³⁶⁵¹ Zie daarover F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 216 e.v., nr. 247 en de verwijzingen daar.

³⁶⁵² W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN lichten dat bijvoorbeeld als volgt toe. Naar hun mening kan de absolute nietigheid “door elke belanghebbende worden ingeroepen, inclusief de contractpartijen zelf, alsook door het openbaar ministerie en ambtshalve door de rechter”, terwijl de relatieve nietigheid “alleen [kan] worden ingeroepen door een persoon, bv. een van de contractpartijen, die behoort tot de groep die wordt beschermd door de overtreden rechtsregel waarop de sanctie van de nietigheid staat”. Een absolute nietigheid kan volgens hen niet worden bevestigd, en dat in tegenstelling tot een relatieve nietigheid. Het derde en laatste verschilpunt betreft in hun opvatting het moment waarop de nietigheid moet worden ingeroepen: “een relatieve nietigheid moet van bij de aanvang van een rechtsgeding worden ingeroepen; absolute nietigheid kan in elke stand van het geding worden ingeroepen, zelfs voor de eerste maal voor het Hof van Cassatie”. W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 147 e.v.

³⁶⁵³ Zie *infra*, § 5. Over de (bevrijdende) verjaring, zie *infra*, Deel IV, Hoofdstuk VI.

³⁶⁵⁴ Bij toestemmingsgebreken is dat bv. het moment waarop het toestemmingsgebrek ontdekt is (dwaling, bedrog ...) of opgehouden is (geweld); bij handelingenonbekwaamheid is dat bv. het moment waarop de minderjarige meerderjarig wordt.

³⁶⁵⁵ Een uitzondering is denkbaar in de mate dat de regel zich niet meer verzet tegen een dergelijke afstand. Dat is bijvoorbeeld het geval bij legislatieve validatie, waarover meer *infra*, § 6.

³⁶⁵⁶ Zie BIGOT-PRÉAMENEU, “Présentation au corps législatif et exposé des motifs” in P.A. FENET (ed.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIII, Parijs, Videcoq, 1836, (215) 301: “Ces vices n’existeraient pas moins, quoique l’acte fût confirmé.”; C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l’ordre du Code*, VII, Parijs, Warée, 1824, 664: “La ratification serait elle-même infectée des mêmes vices que l’acte ratifié.” Zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 438 e.v., nr. 482 e.v. en de verwijzingen daar.

809. Art. 5.58 BW heeft twee onvolkomenheden. Ten eerste beklemtoont het niet dat de mogelijkheid om afstand te doen het werkelijk onderscheidende element is tussen beide nietigheden. Ten tweede schetst dat artikel ook een nogal simplistisch beeld van de kring van personen die de nietigheid kunnen invoeren. Wat dat betreft is het onderscheid tussen relatieve en absolute nietigheden slechts duidelijk in extreme gevallen. Als de nietigheid relatief is en slechts strekt tot bescherming van een van de partijen, kan enkel die partij haar invoeren. De nietigheid kan enkel worden ingeroepen door de persoon wiens toestemming gebrekkig is of door de handelingsonbekwame persoon, met uitsluiting van de wederpartij. Daartegenover staan dan de absolute nietigheden, die kunnen worden ingeroepen door iedereen met een rechtmatig belang. Het is bijgevolg niet uitgesloten dat een contractpartij, een derde of zelfs – in uitzonderlijke gevallen³⁶⁵⁷ – het openbaar ministerie over de mogelijkheid beschikt om bijvoorbeeld in te roepen dat het voorwerp of de oorzaak ongeoorloofd is.

In werkelijkheid bestaan er talrijke situaties die zich tussen die twee uitersten bevinden.³⁶⁵⁸ Wanneer de overtreden rechtsregel strekt tot bescherming van één enkele persoon, kan een doeltreffende bescherming vereisen dat zijn vertegenwoordiger (zoals de voogd of de ouders) de bescherming eveneens kan invoeren. Het feit dat de rechtsregel strekt tot bescherming van het particulier belang van één enkele persoon, sluit tegelijkertijd niet uit dat zijn erfgenamen, bijzondere rechtsopvolgers of schuldeisers³⁶⁵⁹ zich eveneens op die nietigheid kunnen beroepen. Bovendien strekt een relatieve nietigheid regelmatig tot bescherming van verschillende particuliere belangen. De nietigheid kan bijvoorbeeld tegelijkertijd worden ingeroepen door verschillende personen, wanneer die personen om dezelfde redenen worden beschermd, zoals personen die samen een onroerend goed verkopen en daarbij voor meer dan 7/12 worden benadeeld.³⁶⁶⁰ Daarnaast zijn er ook relatieve nietigheden die tegelijkertijd strekken tot de bescherming van beide contractspartijen. Voorbeelden treft men onder meer aan in art. 6 Handelshuurwet³⁶⁶¹ en in art. 2055 oud BW³⁶⁶² (in de veronderstelling dat beide partijen bij de dading te goeder trouw waren met betrekking tot de valsheid van de stukken). Tot slot zijn er ook relatieve nietigheden die strekken tot bescherming van personen die geen partij zijn bij het contract. Zo verlenen art. 2.3.36 e.v. BW de niet-betrokken echtgenoot de bevoegdheid om de nietigverklaring te vorderen van bepaalde handelingen en contracten gesloten tussen de andere echtgenoot en een derde.

810. Vroeger was de aard van de nietigheid ook relevant voor de taak van de rechter. Als het ging om een absolute nietigheid, dan werd vroeger geleerd dat de rechter de mogelijkheid (of zelfs de verplichting) had om haar ambtshalve op te werpen. Aangezien de relatieve nietigheid strekt tot bescherming van particuliere belangen, was het aan de beschermde partij om zich op die bescherming te beroepen. Het was de rechter dus verboden om zich te mengen in de beslissing van die partij om de nietigheid al dan niet in te roepen.

Wat de taak van de rechter betreft, is er vandaag geen fundamenteel onderscheid meer tussen beide soorten nietigheden.³⁶⁶³ Als gevolg van de rechtspraak van het Hof van Cassatie van 14 april 2005 (die intussen vaak is bevestigd)³⁶⁶⁴ is de aard van de toepasselijke rechtsregel irrelevant voor de taak van de rechter. Of de rechtsregel

³⁶⁵⁷ Zie art. 138bis Ger.W. Volgens het Hof van Cassatie kan het openbaar ministerie maar tussenkomen indien “de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een toestand die verholpen moet worden”: Cass. 22 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 243; Cass. 3 mei 1958, *Pas.* 1958, I, 968; Cass. 25 mei 2009, AR S.09.0002.F. Zie ook L. HUYBRECHTS, “Art. 138bis Ger.W.” in *Comm.Ger.*, 2014, 6 e.v., nr. 7 en de verwijzingen daar naar rechtspraak.

³⁶⁵⁸ Zie uitgebreider F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 451 e.v., nr. 497 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁶⁵⁹ Art. 1166 oud BW biedt die mogelijkheid. Aangezien de zijdelingse vordering ertoe strekt de schuldvordering van de schuldeisers te beschermen, is die mogelijkheid slechts aanwezig wanneer die vordering een vermogensrechtelijk voordeel kan opleveren voor de schuldeiser: zie P. BOSSARD, “Le périmètre de l’action oblique”, *TBBR* 2015, 347 e.v.

³⁶⁶⁰ Zie art. 1674 e.v. oud BW.

³⁶⁶¹ Dat artikel bepaalt dat beide partijen in bepaalde omstandigheden het recht hebben om de herziening van de handelshuurprijs te vragen.

³⁶⁶² “Een dading, aangegaan op grond van stukken die naderhand vals bevonden zijn, is geheel nietig.”

³⁶⁶³ Voor beschrijvingen van die evolutie, zie J. VAN ZUYLEN, “L’ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux” in P. WÉRY (ed.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Limal, Anthémis, 2011, (89) 111 e.v., nr. 13 e.v.; F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, (2705) 2756 e.v., nr. 52 e.v.

³⁶⁶⁴ Cass. 14 april 2005, AR C.03.0148.F; Cass. 9 mei 2008, AR C.06.0641.F; Cass. 28 mei 2009, AR C.06.0248.F; Cass. 28 mei 2009, AR

nu van openbare orde, van dwingend recht of van aanvullend recht is, de rechter is steeds verplicht om, met eerbiediging van het recht van verdediging, alle rechtsgronden op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die partijen in het bijzonder³⁶⁶⁵ hebben aangevoerd ter staving van hun eisen.³⁶⁶⁶ Als die bijzonder aangevoerde feiten duidelijk maken dat de overeenkomst aangetast is door een relatieve nietigheidsgrond, dan moet de rechter die nietigheidsgrond bijgevolg ambtshalve opwerpen.

Daar knelt het schoentje vaak bij relatieve nietigheden. Het komt immers regelmatig voor dat de rechter niet op de hoogte is (noch kan zijn) van een mogelijke nietigheidsgrond als de beschermde partij de relevante feiten niet vermeldt. Als zij bijvoorbeeld niet opwerpt dat haar toestemming gebrekkig is (en zij bijvoorbeeld bedrogen is), hoe kan de rechter dat dan weten? De afwezigheid van de benodigde feiten zorgt er doorgaans voor dat een relatieve nietigheidsgrond praktisch gezien niet kan worden opgeworpen door de rechter.³⁶⁶⁷ Maar zelfs als de rechter toch op de hoogte zou zijn van de nodige rechtsfeiten, dan betekent dat niet dat de rechter om het even welke (relatieve) nietigheid op eender welk moment kan toepassen. Als de beschermde persoon geldig afstand heeft gedaan van die bescherming, kan die bescherming niet langer in haar voordeel worden toegepast.³⁶⁶⁸

Een bijkomende reden waarom er met betrekking tot de taak van de rechter geen principieel verschil (meer) is tussen relatieve en absolute nietigheden, is te vinden in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over oneerlijke bedingen. Die rechtspraak verplicht nationale rechters om de bescherming die voortvloeit uit Europese consumentenbeschermende richtlijnen (zoals Richtlijn 93/13) ambtshalve op te werpen, zelfs als de consument verstek laat gaan.³⁶⁶⁹ Tot slot lijkt het sinds de wijziging van art. 806 Ger.W. in 2017 niet langer betwist dat de rechter verplicht is om ook internrechtelijke dwingende normen ambtshalve toe te passen als de beschermde persoon verstek laat gaan.³⁶⁷⁰

C.08.0066.F; Cass. 17 maart 2016, AR C.15.0235.N, *TBBR* 2017, noot F. PEERAER.

³⁶⁶⁵ Hoewel er geen zaligmakende definitie is van ‘in het bijzonder’ aangevoerde feiten, is men het erover eens dat een feit maar als dusdanig kan worden aangemerkt indien er een zekere gerichtheid is. Het gaat m.a.w. om feiten die onontbeerlijk zijn voor de juridische redenering van een partij: dergelijke feiten schragen als het ware de gevolgde gedachtegang. Zonder die feiten zou het punt dat een partij probeert te maken, instorten als een kaartenhuis: L. SIMONT en P.A. FORIERS, “Office du juge et moyen nouveau dans la jurisprudence récente” in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Brussel, Larcier, 2010, (411) 417: “*par faits spécialement invoqués, il faut simplement entendre les faits qui sous-tendent les moyens qui ont été formulés à l’appui d’une demande. Il devrait donc s’agir de faits dont les parties ont, en conclusion, tiré des conséquences en droit – fussent-elles erronées au regard des dispositions légales ou des principes de droit invoqués par elles.*”; J. VAN DONINCK, “Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden: een *tour d’horizon*” in *Liber amicorum Johan Erauw*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (229) 232, nr. 5; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent” in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (1) 21, nr. 23: “*Invoquer un fait, c’est l’incorporer au raisonnement destiné à convaincre; c’est le désigner comme élément indispensable de la démonstration. En un mot, c’est en faire le socle d’un moyen.*”; W. VAN EECKHOUTTE, “Schuifelen op de rechterstoel” in *Preadviezen 2015*, Den Haag, BJU, 2015, (251) 289, nr. 49: “*Het gaat om de feitelijke gegevens die onlosmakelijk deel uitmaken van de [...] door de eiser of de verweerder [gevolgde] redenering en expliciet of impliciet worden aangewezen als onontbeerlijk.*”

³⁶⁶⁶ De rechter heeft de plicht om ambtshalve de rechtsgronden toe te passen waarvan de toepassing geboden is door in het bijzonder aangevoerde feiten, maar heeft louter de mogelijkheid om dat te doen bij bijkomstige feiten: zie Cass. 14 december 2012, AR C.12.0018.N. Vóór dat arrest verdedigde de doctrine ook al een soortgelijk onderscheid: zie bv. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 289, nr. 170; G. CLOSSET-MARCHAL en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Brussel, Bruylant, 2009, 314, nr. 437; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, Brussel, Bruylant, 2004, 870 e.v., nr. 1126 e.v.

³⁶⁶⁷ Zie A. MEEÛS, “La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l’office du juge” (noot onder Cass. 17 maart 1986), *RCJB* 1988, (497) 526, nr. 28: “*Pour les vices du consentement, si une partie invoque les faits qui établissent ce vice, le juge pourra considérer qu’elle invoque ainsi, au moins implicitement, la nullité de l’acte; si elle ne fait pas mention de ces faits, le juge ne pourra soulever un moyen d’office puisque les faits d’où il pourrait se déduire ne seront pas soumis à son appréciation.*”

³⁶⁶⁸ 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) 361 e.v., nr. 1 e.v.; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 372 e.v., nr. 416 en de verwijzingen daar.

³⁶⁶⁹ Zie HvJ 21 februari 2013, nr. C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88, *Banif Plus Bank*, r.o. 28; HvJ 30 mei 2013, nr. C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, *Asbeek Brusse*, r.o. 50; HvJ 30 mei 2013, nr. C-397/11, ECLI:EU:C:2013:340, *Erika Jörös*, r.o. 42; HvJ 1 oktober 2015, nr. C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637, *ERSTE Bank Hungary*, r.o. 42; HvJ 21 december 2016, nr. C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, *Cajasur Banco*, r.o. 59; HvJ 17 mei 2018, nr. C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, *Susan Kuijpers*, r.o. 36.

³⁶⁷⁰ Sinds de wet van 6 juli 2017 luidt art. 806 Ger.W. als volgt: “*In het verstekvonnis willigt de rechter de vorderingen of verweermiddelen van de verschijnende partij in, behalve in zoverre de rechtspleging, die vorderingen of middelen strijdig zijn met de openbare orde, met inbegrip van de rechtsregels die de rechter krachtens de wet ambtshalve kan toepassen.*”

Een cassatiearrest van 4 september 2020³⁶⁷¹ heeft op het eerste gezicht mogelijk toch een verschil aangebracht tussen absolute en relatieve nietigheden in verband met de taak van de rechter. Het Hof overwoog namelijk dat de rechter die ambtshalve de nietigheid van de overeenkomst heeft opgeworpen wegens de strijdigheid ervan met de openbare orde, na heropening van het debat, de overeenkomst nietig mag verklaren en de restitutie mag bevelen van hetgeen krachtens die overeenkomst werd verkregen, ook al werd die nietigheid door geen van de partijen gevorderd. Die principieoverweging klinkt als een gespieerde reactie op overtredingen van normen van openbare orde, maar wijkt bij nader inzien niet af van de gemeenrechtelijke regels. In die zaak hebben de verweerders in hun appelconclusie de uitvoering bij equivalent gevorderd (meer bepaald een schadevergoeding van 18.253,39 euro) en de eiseres de betaling van een uitstaand gefactureerd bedrag van 863,38 euro. Het klopt dat geen van hen de nietigheid heeft gevorderd, maar als de rechter tot de conclusie komt dat de overeenkomst aangetast is door een nietigheidsgrond³⁶⁷², dan is hij verplicht om de toepasselijke rechtsregels (*in casu* de regels over ongerechtvaardigde verrijking en/of onverschuldigde betaling) toe te passen om te zien of de vorderingen van partijen alsnog kunnen worden toegewezen.³⁶⁷³ Dat is hier vermoedelijk het geval, wat tot deze twee mogelijkheden leidt. Ofwel hebben partijen impliciet toch de nietigheid gevorderd, aangezien die vordering virtueel inbegrepen zit in de vordering tot restitutie. Ofwel zien partijen af van hun vorderingen tot betaling van de gevorderde bedragen, aangezien die vorderingen in dit geval slechts kunnen worden gebaseerd op verrijkingsrechtelijke gronden. Als een partij die grondslag weigert voor haar vordering, moet de rechter zich daar immers neerleggen, met als gevolg dat die de vordering niet mag toekennen omdat de rechter anders *extra petita* zou oordelen.

Inmiddels lijkt het Hof van Cassatie te zijn teruggekeerd op zijn stappen.³⁶⁷⁴ In een arrest van 10 februari 2022³⁶⁷⁵ beklemtoont het Hof, in lijn met zijn eertijdse rechtspraak, 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.”*³⁶⁷⁶ 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.”*³⁶⁷⁷

³⁶⁷¹ AR C.19.0613.N.

³⁶⁷² In dit geval ging het om een absolute nietigheidsgrond, maar voor een relatieve nietigheidsgrond geldt niets anders.

³⁶⁷³ Zie Cass. 1 februari 2019, AR C.18.0350.N, overweging 4: *“De appelrechters die de nietigheid van de kredietovereenkomsten uitspreken en de gevolgen hiervan niet regelen omdat de bank geen restitutievordering op grond van de nietigverklaring van de kredietovereenkomst stelt, schieten te kort aan hun verplichting om het geschil te beslechten op grond van de daarop van toepassing zijnde rechtsregels.”* Zoals J.-F. VAN DROOGHENBROECK terecht schrijft: *“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 »).”* (J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur” (noot onder Cass. 9 maart 2018), *RCJB* 2020, (9) 28, nr. 28 – cursivering in origineel.)

³⁶⁷⁴ Over de verhouding tussen Cass. 4 september 2020 en Cass. 10 februari 2022, zie uitgebreid F. PEERAER, “De taak van de rechter en het voorwerp van de vordering: van spierballengerol tot rechterlijke suggesties bij nietigheid, ontbinding en restitutie”, *TBBR* 2023, te verschijnen, in het bijzonder nr. 16.

³⁶⁷⁵ AR C.20.0373.N.

³⁶⁷⁶ Overweging 3, eerste zin van het vermelde cassatiearrest.

³⁶⁷⁷ Overweging 3, tweede zin van het vermelde cassatiearrest.

B. NATUURLIJKE VS. POLITIEKE NIETIGHEDEN

811. Hoewel het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheden vandaag als *summa divisio* wordt gepresenteerd, zijn er bepaalde nietigheden³⁶⁷⁸ die bij nader inzien niet kunnen worden ingepast in die onderverdeling. Sommige nietigheden strekken immers niet tot bescherming van een bepaald belang, maar vloeien onvermijdelijk voort uit de aard en de structuur van het gebruikte begrip. Bij dergelijke nietigheden heeft men te maken met een zodanig structureel en fundamenteel gebrek dat het zelfs niet mogelijk is om de vraag naar het beschermde belang te stellen. In een dergelijk geval dringt de nietigheid zich op om ongerijmdheden te vermijden.³⁶⁷⁹ Denk bijvoorbeeld maar aan een verbintenis zonder een (bepaalbaar) voorwerp, een koop zonder prijs³⁶⁸⁰, een lijfrente gevestigd op een reeds overleden persoon, een verzekering zonder risico³⁶⁸¹, een borgstelling zonder hoofdschuld, een dading zonder onzekerheid of een verbintenis aangegaan onder een louter potestatieve voorwaarde langs de zijde van de schuldenaar. Omdat de aard ('*la nature*') van het centrale begrip ('verbintenis', 'koop' ...) er onvermijdelijk voor zorgt dat het objectieve recht daar geen rechtsgevolgen aan kan hechten, worden zij ook wel natuurlijke of structurele nietigheden genoemd.

In bijna alle gevallen is de nietigheid geen conceptuele noodwendigheid als men bij de totstandkoming een gebrek aantreft. De meeste vereisten die door de rechtsorde worden opgelegd, kunnen door een politieke beslissing worden afgeschaft of ingevoerd en kunnen dan ook politieke nietigheden worden genoemd. Denk maar aan de regels inzake consumentenbescherming, de toestemmingsgebreken, ja zelfs aan de regels die het algemeen belang beogen te beschermen. Hoewel het afschaffen van dergelijke regels in vele gevallen onwenselijk is, is dat theoretisch wel degelijk denkbaar.

Dergelijke politieke nietigheden vormen de overkoepelende categorie voor alle andere onderverdelingen dan het onderscheid tussen natuurlijke en politieke nietigheden. Zij omvatten dus niet alleen de absolute en relatieve nietigheden, maar ook twee onderverdelingen die hieronder nog aan bod komen, namelijk de tekstuele en virtuele nietigheden, en de nietigheden 'rechtens' en de facultatieve nietigheden.

812. Het onderscheid tussen natuurlijke en politieke nietigheden is relevant voor het regime van de betrokken nietigheid. Als men het begrip 'natuurlijke nietigheid' voldoende eng invult, ligt het regime van die nietigheid voor de hand. Dergelijke nietigheden dringen zich noodzakelijkerwijze aan iedereen op, zodat de vraag zelfs niet rijst wie er zich op kan beroepen.³⁶⁸² Ook de vraag of iemand afstand kan doen van de mogelijkheid om zich op die nietigheid te beroepen, is snel beantwoord. Net omdat de nietigheid onlosmakelijk verbonden is aan het gehanteerde concept, is dat in principe³⁶⁸³ ondenkbaar. Stel dat een verbintenis nietig is omdat ze geen (bepaalbaar) voorwerp heeft. Wat zou er dan gebeuren als de schuldenaar verklaart afstand te doen van de mogelijkheid om

³⁶⁷⁸ Voor verdere nuance, zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 423 e.v., nr. 467 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁶⁷⁹ Zie bv. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 602 e.v.: "*Nous rencontrons ici les nullités sanctionnant certaines règles qui, à la différence de toutes autres, ne sont pas à considérer comme des règles protectrices [...]. S'il y a une inefficacité dans ces hypothèses, c'est seulement parce qu'il est matériellement impossible qu'il en soit autrement [...]. De même, on considère qu'il est nécessaire ou naturel de reconnaître l'inefficacité des actes dont l'objet ou la cause font entièrement défaut, ou sont d'une importance trop minime pour entrer en ligne de compte [...].*"; RPDB, v° Nullité, nr. 95 e.v.; C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *Les nouvelles, IV, Théorie générale des obligations*, Brussel, Larcier, 1957, nr. 994bis en ter; C. RENARD en E. VIEUJEAN, "Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge", *Ann.fac.dr.Lg.* 1962, (243) 273 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁶⁸⁰ Zie ook F. RIGAUX, "L'état d'ébriété d'un contractant, cause de nullité relative de la vente" (noot onder Cass. 21 oktober 1971), *RCJB* 1972, (418) 426, nr. 19.

³⁶⁸¹ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 603. Zie F. PEERAER, "Nullity in the Ordonnance" in S. STIJNS en S. JANSEN (eds.), *The French Contract Law Reform: a Source of Inspiration?*, Antwerpen, Intersentia, 2016, (49) 55, nr. 10.

³⁶⁸² Cf. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 607; C. RENARD en E. VIEUJEAN, "Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge", *Ann.fac.dr.Lg.* 1962, (243) 275: "*Il faut [...] décider que [ces nullités] ont un caractère objectif en ce sens que l'imperfection s'impose à tous.*"

³⁶⁸³ Voor verdere nuance, zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 423 e.v., nr. 467 e.v. en de verwijzingen daar.

zich op die nietigheid te beroepen? Eigenlijk niets, omdat de schuldeiser – vanwege het structurele karakter van het gebrek – toch niet kan eisen dat de verbintenis *in natura* wordt nagekomen. Dat gebrek zorgt er immers voor dat niet kan worden vastgesteld tot wat de schuldenaar precies is gehouden.

C. TEKSTUELE VS. VIRTUELE NIETIGHEDEN

813. Het is algemeen aanvaard dat een overeenkomst niet enkel nietig kan zijn als de nietigheid uitdrukkelijk wordt voorgeschreven door een wettelijke bepaling. Nietigheden kunnen ook impliciet voortvloeien uit de strekking en draagwijdte van de rechtsregel, dus zonder dat die regel expliciet voorschrijft dat een overtreding tot nietigheid leidt.³⁶⁸⁴ Naast ‘tekstuele’ nietigheden bestaan er dus ook ‘virtuele’ nietigheden.³⁶⁸⁵ Aangezien de nietigheid een maatregel is die ten dienste staat van de overtreden rechtsregel, leidt de schending van die regel maar tot nietigheid als de nietigheid een proportionele reactie is. Als de nietigheid, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, niet op een proportionele manier kan bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstelling van de geschonden norm, dan kan de nietigheid niet worden toegepast.³⁶⁸⁶

Art. 5.29, derde lid BW zou kunnen doen uitschijnen dat voor virtuele nietigheden geen plaats is bij vormvereisten. Het is echter maar de vraag of de bewoordingen “*wanneer deze sanctie uit de wet of het contract voortvloeit*” een virtuele nietigheid uitsluiten. Aangezien de parlementaire voorbereidingsstukken zelf al aangeven dat de nietigheidssanctie ook stilzwijgend uit de wet of het contract kan voortvloeien,³⁶⁸⁷ lijkt ook bij de schending van vormvereisten ruimte voor virtuele nietigheden.

Een cassatiearrest van 26 mei 2006 illustreert waarom het gepast is om ook bij vormvereisten ruimte te laten voor de nietigheid ook al heeft de wetgever daar niet expliciet in voorzien. De wet van 16 februari 1994 bepaalt dat contracten tot reisorganisatie en reisbemiddeling een aantal verplichte vermeldingen moeten bevatten.³⁶⁸⁸ Die wet bepaalt echter op geen enkele wijze welk gevolg het ontbreken van die vermeldingen heeft. Het Hof van Cassatie verplicht de feitenrechter om in dat geval de proportionaliteit van de nietigheidssanctie te beoordelen. Indien die vermeldingen ontbreken, moet de rechter nagaan of de belangen van de reiziger daardoor voldoende ernstig geschaad zijn om de nietigheidssanctie te verantwoorden.³⁶⁸⁹ In een vonnis van 28 februari 2019 heeft de Ondernemingsrechtbank te Brussel die afweging gemaakt met betrekking tot art. VI.107 WER. Die bepaling verbiedt ondernemingen adverteerders te werven om hen in bepaalde lijsten (zoals gidsen en telefoonboeken) op te nemen zonder ondubbelzinnig aan te geven dat deze werving een aanbod van overeenkomst tegen betaling uitmaakt en zonder in het vet en in het grootste lettertype dat in het document wordt gebruikt de duur van de overeenkomst en de hieraan verbonden prijs te vermelden. Hoewel die regel strikt genomen niet werd nageleefd, spreekt de rechtbank de nietigheid niet uit, omdat de prijs en de duur van het contract in aanwezigheid van de adverteerder handgeschreven waren toegevoegd op het document dat de adverteerder vervolgens heeft kunnen ondertekenen.³⁶⁹⁰

³⁶⁸⁴ Cass. 26 mei 2006, *DCCR* 2007, 476, noot P. WÉRY; Brussel 16 maart 2009, *TBBR* 2010, 353, noot H. JACQUEMIN; C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge”, *Ann.fac.dr.Lg.* 1962, (243) 267 e.v.; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 405, nr. 128; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2008, 5, nr. 2 en de verwijzingen daar; P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1 - Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 342, nr. 323.

³⁶⁸⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 757 e.v., nr. 785 e.v. Jacquemin is eerder voorstander van de term ‘nullité pretorienne’ dan van de term ‘nullité virtuelle’: H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel – mécanisme de protection de la partie faible*, Brussel, Bruylant, 2010, 449.

³⁶⁸⁶ Zie daarover uitgebreider *supra*, §§ 1 en 2.

³⁶⁸⁷ Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer*, 2020-21, nr. 1806/001, 33: “Die nietigheidssanctie is evenwel enkel van toepassing als zij uitdrukkelijk of stilzwijgend voortvloeit uit de wet of het contract.”

³⁶⁸⁸ Wet 16 februari 1994 tot regeling van het contract tot reisorganisatie en reisbemiddeling, *BS* 1 april 1994, 8928.

³⁶⁸⁹ Cass. 26 mei 2006, *DCCR* 2007, 476, noot P. WÉRY.

³⁶⁹⁰ Ondrb. Brussel 28 februari 2019, *JLMB* 2020, 73.

D. NIETIGHEDEN ‘RECHTENS’ VS. FACULTATIEVE NIETIGHEDEN

814. Een vierde onderscheid tussen soorten nietigheden betreft het onderscheid tussen zogenaamde nietigheden ‘rechtens’ (*nullités de droit*) en facultatieve nietigheden.³⁶⁹¹ In tegenstelling tot wat haar naam suggereert, werkt een nietigheid ‘rechtens’ niet automatisch dan een facultatieve nietigheid. Als de rechter gevraagd wordt een nietigheid ‘rechtens’ uit te spreken, dan is hij verplicht de overeenkomst nietig te verklaren als aan alle vereisten voldaan is, zonder dat hij mag nagaan of de beschermde persoon benadeeld is door de overeenkomst. Bij facultatieve nietigheden heeft de rechter dan weer een appreciatiemarge. De tegenstelling komt doorgaans voor in het personen- en het familiaal vermogensrecht.³⁶⁹² Krachtens art. 493, § 1 en § 2, eerste lid oud BW zijn de handelingen die door de beschermde persoon zijn verricht in strijd met zijn onbekwaamheid met betrekking tot zijn persoon (net als bepaalde handelingen met betrekking tot zijn goederen), rechtens nietig. De rechter is verplicht om de nietigheid uit te spreken als de beschermde persoon (of zijn vertegenwoordiger) daar om verzoekt en de handeling verricht is in strijd met zijn onbekwaamheid. Andere handelingen die de beschermde persoon heeft verricht met betrekking tot zijn goederen in strijd met zijn onbekwaamheid, zijn daarentegen ‘facultatief’ nietig.³⁶⁹³ De rechter moet bijgevolg rekening houden met alle bijzondere omstandigheden van de concrete zaak.

In werkelijkheid mag het onderscheid niet worden overschat. Bij beide soorten nietigheden is de rechter verplicht om een gevorderde nietigheid uit te spreken als aan alle vereisten is voldaan. Het enige verschil is dat de rechter bij facultatieve nietigheden een groter aantal vereisten zal moeten beoordelen en die tegenover elkaar zal moeten afwegen.

§ 4. In werking stelling van de nietigheid

815. Dat een overeenkomst (geheel of gedeeltelijk) aangetast is door een nietigheidsgrond, is maar een eerste stap. In een tweede beweging rijst de vraag of die nietigheidsgrond ook effectief uitwerking krijgt. Het feit dat de overeenkomst bij haar totstandkoming niet in overeenstemming is met alle geldigheidsvereisten, heeft immers niet noodzakelijk tot gevolg dat de overeenkomst op het ogenblik van de rechterlijke uitspraak rechtsgevolgen ontbeert. Hoe de nietigheid concreet in werking kan worden gesteld, wordt geregeld in art. 5.59 BW.

816. Art. 5.59, eerste lid BW verankert de breed gedragen opvatting in de rechtspraak en de doctrine dat de nietigheid nooit automatisch uitwerking krijgt. Zowel absoluut als relatief nietige overeenkomsten zouden niet *ab initio* nietig zijn, maar zouden door de rechter moeten worden vernietigd. In de tussentijd zou de overeenkomst voorlopig geldig zijn: zolang de rechter de vernietiging niet heeft uitgesproken³⁶⁹⁴, zou de overeenkomst alle beoogde rechtsgevolgen teweegbrengen.³⁶⁹⁵

³⁶⁹¹ Zie daarover ook P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1 - Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 343, nr. 324.

³⁶⁹² Voor een overzicht, zie N. GEELHAND, *Belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht*, I, Gent, Mys & Breesch, 1994, 162 e.v., nr. 57.

³⁶⁹³ Zie art. 493, § 2, tweede lid oud BW: “[...] De nietigheid wordt door de rechter beoordeeld rekening houdend met de rechten van derden te goeder trouw. De rechter kan echter de verbintenissen die de beschermde persoon door aankopen of op een andere wijze mocht hebben aangegaan ook verminderen, ingeval zij buitensporig zijn; de rechter houdt daarbij rekening met het vermogen van de beschermde persoon, de goede trouw van de personen die met hem hebben gehandeld en het nut of de nutteloosheid van de uitgaven.”

³⁶⁹⁴ De vraag of de vernietiging uitwerking krijgt door de rechterlijke uitspraak dan wel door de vordering tot nietigverklaring, is vooral van dogmatisch belang. De keuze voor de ene dan wel de andere strekking lijkt immers geen praktische gevolgen te hebben.

³⁶⁹⁵ In die zin bv. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, *Introduction*, Brussel, Bruylant, 1962, 144, nr. 96; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 751, nr. 781; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 405, nr. 128; I. CLAEYS, “Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging” in *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, (267) 269, nr. 3; P. WÉRY, “Nullité, inexistence et réputé non écrit” in P. WÉRY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (7) 17, nr. 5; J. BAECK, “(Feitelijk) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten”, *TPR* 2008, (321) 324 e.v., nr. 2 e.v.; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral” in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, JBB, 2008, (325) 406 e.v., nr. 64; T. TANGHE, “Rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond”, *TPR* 2012, (705) 707, nr. 1; A. VAN OEVELEN, “Nietigheid” in *Comm.Bijz.Ov.*, 2008, 6, nr. 3. Ook het Hof van Cassatie heeft zich in meerdere arresten bij die stelling aangesloten: Cass. 22 april 2013, AR C.12.0285.F (“Hoewel de nietigheid van een overeenkomst ex tunc geldt, doet het vonnis dat deze uitsprekt nieuwe verplichtingen ontstaan aangezien de partijen moeten teruggeven wat zij gekregen hebben.”); Cass. 21 mei 2007, AR C.06.0140.N (“Deze nietigheid houdt alleen in dat de verzekeraar de nietigverklaring van de verzekeringsovereenkomst kan vorderen, maar dat de overeenkomst, zolang

Een minderheidsstrekking bekritiseert die visie om een vijftal redenen: (1) de verplichte rechterlijke tussenkomst wordt niet onderbouwd en (2) niet consequent toegepast, (3) is in strijd met art. 1.3, derde lid en 5.56 BW en (4) met de exceptie van nietigheid, en (5) leidt tot onaanvaardbare rechtsgevolgen.³⁶⁹⁶

817. De bovenstaande discussie verhindert niet dat de nietigheid in principe³⁶⁹⁷ ook uitwerking kan krijgen indien de beschermde persoon de overeenkomst wenst te vernietigen en de wederpartij daarmee akkoord gaat. Art. 5.58, tweede lid BW verankert dat idee, maar verduidelijkt niet welke gevolgen een dergelijke ‘minnelijke vernietiging’ heeft. De meningen lopen bijvoorbeeld uiteen over het antwoord op de vraag of een dergelijk akkoord tussen partijen ook zakelijke werking jegens derden kan hebben.³⁶⁹⁸ In elk geval moet rekening worden gehouden met onder meer art. 3.34, derde lid BW, dat de tegenwerpelijke van minnelijke vernietigingen van een aan overschrijving onderworpen akte afhankelijk maakt van de formalisatie van die vernietiging in een authentieke akte en de kantmelding daarvan.³⁶⁹⁹

818. Art. 5.59, derde lid BW bepaalt dat een nietigheid ook uitwerking kan krijgen door middel van een schriftelijke kennisgeving.³⁷⁰⁰ De keuze om nietigheid door middel van een kennisgeving mogelijk te maken, mag niet verbazen. Voor de ontbinding wegens wanprestatie was een dergelijke uitwerkingsmogelijkheid immers al meermaals (zij het impliciet) erkend.³⁷⁰¹ Nagenoeg alle moderne codificaties en rechtsgeleerde projecten erkennen eveneens de mogelijkheid voor een beschermde partij om de nietigheid uitwerking te verlenen via een kennisgeving.³⁷⁰²

Een dergelijke kennisgeving gebeurt op ‘eigen risico’, waarmee wordt bedoeld dat de partij die die kennisgeving verricht zelf een inschatting moet maken van het bestaan van een nietigheidsgrond. Wanneer die nietigheidsgrond achteraf niet blijkt te bestaan, is de kennisgeving ‘onwerkzaam’ en heeft die dus geen gevolgen voor de geldigheid van het contract. In een dergelijk geval bestaat de kans dat de partij die die kennisgeving heeft verricht contractueel aansprakelijk kan worden gesteld: het is immers niet uitgesloten dat die partij in de tussentijd

de vernietiging niet is uitgesproken door de rechter, blijft bestaan.”); Cass. 23 november 1956, Arr.Cass. 1957, 197 en Pas. 1957, I, 305 (“Overwegende [...] dat de nietigheid van de overeenkomst [...] ex tunc bestaat, maar dat het vonnis dat de nietigheid vaststelt nieuwe verbintenissen doet ontstaan [...]”).

³⁶⁹⁶ Zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 389 e.v., nr. 432 e.v.; F. PEERAER, “Verjaring en nietigheid: een valse vriendschap met diepe wortels”, *RW* 2018-19, (1084) 1086 e.v., nr. 4 e.v. en de verwijzingen daar; J. VAN DE VOORDE, “De nietigheidssanctie in het Belgische vermogensrecht. Een stand van zaken anno 2023”, *TBBR* 2023, (50) 56, nr. 13; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2023, 340, nr. 397: “Voor zover de overeenkomst door een absolute nietigheidsgrond is aangetast, zal zij immers niet kunnen worden afgedwongen, ongeacht een nietigverklaring of niet.”. Zie ook J. VAN DE VOORDE, “Vendre et usucaper ne vaut: kan de verkoper het verkochte goed door verkrijgende verjaring terugnemen? Tegelijkertijd een verkenning van het houderschap als een rechtspositie behept met een *ab initio* teruggaveplicht”, *TBO* 2014, (45) 54-60, nr. 7. Art. 5.59, eerste lid BW staat bovendien op gespannen voet met enkele arresten van het Hof van Cassatie, zoals Cass. 9 januari 1936, *Pas.* 1936, I, 110; Cass. 25 april 2003, *AR C.01.0374.N.*

³⁶⁹⁷ Wettelijke bepalingen kunnen steeds uitzonderingen voorzien: zie bv. art. 14 Pachtwet.

³⁶⁹⁸ Zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 346 e.v., nr. 386 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁶⁹⁹ Zie daarover B. VERHEYE, “Onroerende publiciteit” in V. SAGAERT (ed.), *Het nieuwe goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (203) 239 e.v., nr. 33.

³⁷⁰⁰ In het verleden was er discussie of zo’n nietigverklaring via kennisgeving algemeen aanvaard kon worden. Het Hof van Cassatie (Cass. 17 september 2015, *AR C.14.0188.N*) had een dergelijke mogelijkheid expliciet erkend in de context van art. 5 van de (toenmalige) Wet Precontractuele Informatie, maar in de rechtsleer bestond discussie over de veralgemeenbaarheid van dat standpunt. Zie daarover de vorige editie van dit handboek, nr. 705 en F. PEERAER, “De buitengerechterlijke vernietiging: erkend in het kader van de Wet Precontractuele Informatie, maar slechts hoogst uitzonderlijk relevant” (noot onder Cass. 17 september 2015), *RW* 2016-17, (699) 699 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁷⁰¹ Zie daarover *infra*, Deel II, Hoofdstuk VIII, Afdeling 3, § 3, C. Die uitwerkingsmogelijkheid is expliciet verankerd in art. 5.90, derde lid en art. 5.93 BW.

³⁷⁰² Zie bv. § 143 BGB, art. 3:50 NBW, art. II.–7:209 DCFR en art. 3.2.11 UPICC. In de gedeeltelijk vernieuwde Franse *Code civil* blijft een dergelijke vernietiging – i.t.t. een buitengerechterlijke ontbinding op partijverklaring – uitgesloten. Voor kritiek op die keuze, zie F. PEERAER, “Nullity in the Ordonnance” in S. STIJNS en S. JANSEN (eds.), *The French Contract Law Reform: a Source of Inspiration?*, Antwerpen, Intersentia, 2016, (49) 63 e.v., nr. 24.

geweigerd heeft haar verbintenissen na te komen in de (in dat geval verkeerde) veronderstelling dat die nietig waren.³⁷⁰³ De mogelijkheid om het contract op deze wijze te vernietigen, is uitgesloten indien het contract bij authentieke akte is vastgesteld.

819. Tegelijk heeft art. 5.59, derde lid BW een aantal keuzes gemaakt die minder voor de hand liggen. Een eerste keuze betreft de vorm van de kennisgeving, die – net als bij de kennisgeving bij ontbinding wegens wanprestatie³⁷⁰⁴ – schriftelijk moet gebeuren. Een louter mondelinge kennisgeving volstaat dus niet. De parlementaire voorbereidingsstukken lichten die keuze niet nader toe, maar aangenomen moet worden dat de opstellers bewijsmoeilijkheden wilden voorkomen.³⁷⁰⁵ Vanuit rechtsvergelijkend perspectief verrast die keuze: moderne codificaties en rechtsgeleerde projecten zien geen reden om te dien einde een vormvereiste op te leggen.³⁷⁰⁶ Art. 5.59, derde lid BW vereist impliciet dat de kennisgeving de nietigheidsgrond vermeldt. Dat betekent concreet dat de partij die de kennisgeving ontvangt, redelijkerwijze moet kunnen begrijpen dat de keuzebevoegde partij haar keuzerecht uitoefent door middel van die kennisgeving.

Een tweede verrassende keuze betreft de gevallen waarin een nietigverklaring door kennisgeving is uitgesloten. De wettekst zelf sluit die mogelijkheid uit indien het contract bij authentieke akte is opgesteld. Volgens de parlementaire voorbereidingsstukken, die expliciet verwijzen naar art. 3:50, tweede lid Nederlands BW voor een vergelijkbare uitzondering, is die keuze “*tegelijk gerechtvaardigd door de gedachte dat de persoon die het authentiek karakter aan het contract verleent (zoals een notaris of een rechter) gehouden is om voorafgaandelijk de geldigheid ervan te verifiëren en door de bekommernis om de uitvoerende [sic] kracht van de authentieke akte niet te schaden.*”³⁷⁰⁷ Geen van beide redenen kunnen echt overtuigen. Ten eerste kunnen bijvoorbeeld notarissen geenszins in alle omstandigheden garanderen dat er geen nietigheidsgronden zijn. Hoe zouden zij bijvoorbeeld op de hoogte moeten zijn van het feit dat de ene partij de andere bedrogen heeft? Overigens controleert niet elke persoon die het authentiek karakter aan het contract verleent de geldigheid ervan. Bij de invordering van onbetwiste geldschulden stelt een gerechtsdeurwaarder op verzoek van de schuldeiser een proces-verbaal van niet-betwisting op.³⁷⁰⁸ Opdat dat proces-verbaal uitvoerbaar kan worden verklaard, hoeft een magistraat niet na te gaan of de onderliggende titel wel geldig is.³⁷⁰⁹ Ten tweede staat de uitvoerbare kracht van de authentieke akte los van haar geldigheid. Zelfs als de verbintenissen die voortspruiten uit het contract ongeldig zijn, zorgt de aard van de titel toch voor de mogelijkheid om de nakoming van die verbintenissen gedwongen ten uitvoer te leggen. Als men de nietigverklaring door kennisgeving ook hier zou toestaan, zou dat gewoon betekenen dat de beschermde partij daarmee een definitieve keuze kan maken tussen geldigheid en nietigheid, maar dat belet niet dat een gedwongen tenuitvoerlegging evengoed mogelijk blijft. Wordt de beschermde partij geconfronteerd met bijvoorbeeld een uitvoerend beslag op basis van de uitvoerbare titel maar is die titel volgens die partij nietig, dan moet die partij de schorsing van de verdere uitvoering voor de beslagrechter vorderen.³⁷¹⁰ Zelfs als de nietigverklaring bij

³⁷⁰³ In die zin ook A. DE BOECK, “Het nieuwe verbintenissenrecht. Hoofdlijnen”, *NjW* 2022, (610) 617, nr. 29.

³⁷⁰⁴ Zie art. 5.90, derde lid j° art. 5.92, tweede lid en art. 5.93 BW.

³⁷⁰⁵ Zie ook R. JAFFERALI, “La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés”, *JT* 2023, (21) 38, nr. 40: “*l’utilisation du verbe « mentionne » pourrait s’interpréter comme imposant la rédaction d’un écrit à titre de condition de validité formelle, ce qui paraît en toute hypothèse recommandable à des fins probatoires.*”

³⁷⁰⁶ In het Duitse recht gelden wel specifieke uitzonderingen (zoals § 1955, tweede zin en § 2282 (3) BGB), maar in de regel is de kennisgeving vormvrij af te leggen. Voor het Nederlandse recht legt art. 3:50 NBW evenmin in het algemeen vormvereisten op, maar gelden eveneens bepaalde uitzonderingen (zie art. 3:50, tweede lid NBW, waarover o.m. J.P. JORDAANS, “Buitengerechtelijke vernietiging en ontbinding”, *BW-krant Jaarboek* 1990, (95) 95 e.v.). Art. II.–7:209 DCFR en art. 3.2.11 UPICC voorzien op algemene wijze in vormvrije kennisgevingen.

³⁷⁰⁷ Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2020-21, nr. 1806/001, 70.

³⁷⁰⁸ Art. 1394/24 Ger.W.

³⁷⁰⁹ Art. 1394/24, § 2 Ger.W. bepaalt weliswaar niet de omvang van de toetsing die die magistraat moet uitvoeren, maar aangenomen wordt dat die magistraat slechts een marginale toetsing uitvoert. “*Een inhoudelijke controle zal enkel kunnen gebeuren door de rechter die wordt gevat door de schuldenaar die na afgifte van de uitvoerbare titel de schuldvordering betwist.*”: P. DAUW en E. DAUW, *Burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 560.

³⁷¹⁰ K. BROECKX, “De uitvoerbare kracht van een notariële akte”, *TPR* 1991, (29) 51, nr. 20.

kennisgeving kan plaatsvinden, is die vordering tot schorsing noodzakelijk. Daardoor kan dit argument evenmin rechtvaardigen dat hier een uitzondering geldt op de principiële mogelijkheid tot nietigverklaring. Kortom: de rechterlijke tussenkomst is hier niet nodig om de nietigheid uitwerking te doen krijgen, maar wel om de uitvoerbaarheid van de titel te schorsen. Ook de verwijzing naar art. 3:50, tweede lid Nederlands BW kan niet overtuigen.³⁷¹¹ Dat artikel is ingegeven door de wens om de betrouwbaarheid van de openbare registers te waarborgen.³⁷¹² Welnu, de betrouwbaarheid van die registers vergt in het Belgische recht slechts dat de keuze die de beschermde partij maakt voor nietigheid, wordt gekantmeld opdat die keuze aan derden tegenwerpelijk is. Daartoe is vereist dat die kennisgeving in een authentieke akte is geformaliseerd en op de kant van de registers van het bevoegde kantoor van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie is overgeschreven.³⁷¹³ Er is echter geen reden waarom het een beschermde partij verboden zou moeten zijn om *inter partes* een definitieve keuze voor de nietigheid te kunnen maken door middel van een kennisgeving die niet in een authentieke akte is geformaliseerd. De woorden “*Tenzij het contract bij authentieke akte is vastgesteld*” lijken met andere woorden zo te moeten worden gelezen dat zij slechts aangeven dat een schriftelijke kennisgeving die niet in een authentieke akte is geformaliseerd, niet tegenwerpelijk is aan derden. Wat die tegenwerpelijkheid aan derden betreft, ligt de uitsluiting van de mogelijkheid om het contract via kennisgeving te vernietigen indien het contract bij authentieke akte is opgesteld in het verlengde van de boodschap die art. 3.34, tweede en derde lid BW geeft.³⁷¹⁴

Los van de uitzondering die art. 5.59, derde lid BW voorziet, kan bijzondere regelgeving zich steeds verzetten tegen de mogelijkheid om de nietigverklaring door middel van kennisgeving uitwerking te verlenen. De ernst van de ingreep in de rechtssfeer van de wederpartij kan bijvoorbeeld vereisen dat de beschermde partij haar keuzerecht slechts mag uitoefenen door een rechterlijke uitspraak. Het belang van de woonzekerheid van de huurder vereist dat de rechter tussenkomt indien de verhuurder de huurovereenkomst wil ontbinden wegens wanprestatie door de huurder.³⁷¹⁵ Men kan argumenteren dat hetzelfde belang zich verzet tegen de mogelijkheid voor de verhuurder om de huurovereenkomst te vernietigen door middel van een kennisgeving. Het belang van de woonzekerheid van de huurder zou de verhuurder met andere woorden kunnen verplichten om zijn keuzerecht gerechtelijk uit te oefenen, zodat de rechter kan nagaan of de overeenkomst wel degelijk is aangetast door een nietigheidsgrond die strekt tot bescherming van de huurder. Andere voorbeelden treft men mogelijk aan in het personen- en familierecht³⁷¹⁶ en art. 2.3.37 BW (het vroegere art. 1423 oud BW).³⁷¹⁷ Ook de behoefte van het algemeen belang aan een eenduidige en eenvoudig kenbare rechtstoestand kan een rechterlijke tussenkomst noodzakelijk maken. Dat kan verantwoorden waarom art. 2:44 WVV een rechterlijke nietigverklaring vereist van besluiten van organen of van de algemene vergadering van obligatiehouders.³⁷¹⁸ Zoals Van de Voorde terecht schrijft, moet men nietigheid per nietigheid nagaan of ze al dan niet door middel van een kennisgeving uitwerking kan krijgen.³⁷¹⁹

820. Art. 5.59, derde lid BW doet over (minstens) twee vragen geen uitspraak. De eerste vraag is: aan welke

³⁷¹¹ Zie ook F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 503 e.v., nr. 558.

³⁷¹² C. SIEBURGH, *Algemeen overeenkomstenrecht in Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, 6-III, 2018, nr. 619.

³⁷¹³ Art. 3.34, derde lid BW. Zie ook wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2020-21, nr. 1806/001, 69.

³⁷¹⁴ Zie daarover *infra*, § 7, B.

³⁷¹⁵ Zie art. 1762bis oud BW. Zie ook GwH 10 juli 2008, nr. 101/2008.

³⁷¹⁶ Zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 340 e.v., nr. 381.

³⁷¹⁷ Zie over dat mogelijke voorbeeld F. PEERAER, “De buitengerechtelijke vernietiging: erkend in het kader van de Wet Precontractuele Informatie, maar slechts hoogst uitzonderlijk relevant” (noot onder Cass. 17 september 2015), *RW* 2016-17, (699) 704, nr. 10 en de verwijzingen daar.

³⁷¹⁸ Zie in dat verband ook Cass. 18 juni 2020, C.18.0454.N. Over het verplicht rechterlijk karakter van de nietigverklaring van vennootschapsbesluiten, zie S. DE DIER, *Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap*, Roeselare, Roularta Media Group, 2016, 19-23, nr. 25 en 27.

³⁷¹⁹ J. VAN DE VOORDE, “De nietigheidssanctie in het Belgische vermogensrecht. Een stand van zaken anno 2023”, *TBBR* 2023, (50) 57, nr. 17.

partijen moet de kennisgeving precies worden verricht om uitwerking te kunnen krijgen? De parlementaire voorbereidingsstukken vermelden dat een kennisgeving gedaan aan alle (andere) partijen bij het contract, niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat het contract jegens al die (andere) partijen wordt vernietigd.³⁷²⁰ Maar kan een kennisgeving ook uitwerking krijgen jegens één enkele wederpartij indien die kennisgeving niet aan alle contractpartijen is gericht? In een arrest van 30 september 2022 beantwoordt het Hof van Cassatie die vraag onomwonden bevestigend: “uit geen enkele wetsbepaling volgt dat een vordering strekkende tot nietigverklaring van een meerpartijenovereenkomst, zelfs al strekt deze ertoe deze overeenkomst integraal te horen vernietigen, slechts kan worden ingewilligd wanneer alle contractspartijen in het geding betrokken zijn”³⁷²¹.

De tweede, onbeantwoorde vraag is: is de mogelijkheid om het contract bij schriftelijke kennisgeving te vernietigen, zelf van dwingend recht? Op basis van hun partijautonomie lijken partijen in verregaande mate de mogelijkheid te hebben om een nadere invulling te geven aan de inhoud die zo’n kennisgeving moet bevatten om uitwerking te kunnen krijgen. Of ze meteen ook contractueel zouden kunnen overeenkomen dat een schriftelijke kennisgeving niet volstaat, maar dat de nietigheid enkel in werking kan worden gesteld door rechterlijke tussenkomst, ligt daarentegen minder voor de hand. Contractuele afspraken die de beschermde partij zouden verplichten om tijdens de termijn die zij heeft om te kiezen tussen nietigheid en geldigheid (‘keuzetermijn’), niet alleen een keuze te maken, maar ook een vordering in te stellen, lijken op het eerste gezicht moeilijk verenigbaar met de doelstelling van dergelijke keuzetermijnen. Die strekken er namelijk toe om de beschermde partij een bepaalde termijn te verlenen om een onherroepelijke keuze te maken. Daar bovenop die partij meteen ook verplichten een vordering in te stellen, zou de beschikbare termijn *de facto* inkorten. Bij nader inzien is dat geen onomstotelijk bezwaar: wanneer partijen de keuzetermijn verlengen met de tijd die de beschermde partij nodig zou kunnen hebben om, naast het maken van die keuze, ook effectief een vordering in te stellen,³⁷²² lijken partijen de mogelijkheid te hebben om uit te sluiten dat de nietigverklaring bij kennisgeving zou kunnen plaatsvinden. In elk geval is een partij in bepaalde omstandigheden sowieso verplicht om binnen de keuzetermijn niet slechts een onherroepelijke keuze te maken, maar ook een vordering tot nietigverklaring in te stellen.³⁷²³ In die gevallen is een nietigverklaring door schriftelijke kennisgeving dan ook niet mogelijk (of preciezer: zinloos, want op zich onvoldoende om een onherroepelijke keuze te maken).

§ 5. Verjaring van de nietigheid

821. Om te bepalen welke rol tijdsverloop kan spelen, is het van groot belang om te weten wat bedoeld wordt met de verjaring van ‘de nietigheid’. Om misverstanden te vermijden is het noodzakelijk drie vorderingen van elkaar te onderscheiden.³⁷²⁴

Art. 2262bis, § 1, eerste lid oud BW is van toepassing op persoonlijke rechtsovereenkomsten, zoals de vordering tot nakoming of tot restitutie. De aanspraak op nakoming of restitutie is dus aan verjaring onderhevig.

Wanneer een partij een vordering tot nietigverklaring instelt om duidelijkheid te krijgen over haar rechtstoestand, stelt zij echter geen persoonlijke rechtsovereenkomst in. In werkelijkheid stelt zij in dat geval een vaststellingsvordering in op grond van art. 18, tweede lid Ger.W.³⁷²⁵, die niet voor verjaring vatbaar is.

Wat art. 5.60 BW regelt, is de termijn waarbinnen een beschermde partij onherroepelijk moet kiezen om al dan

³⁷²⁰ Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2020-21, nr. 1806/001, 69.

³⁷²¹ AR C.21.0079.N., overweging 4. Zie over de voor- en nadelen van een eventuele *exceptio plurium litis consortium* T. TANGHE, “Een vordering tot vernietiging van een meerpartijenovereenkomst: alle contractpartijen in het geding betrekken?” (noot onder Rb. Hasselt 13 augustus 2010), *TBBR* 2012, afl. 10, (504) 504 e.v.

³⁷²² Hoe lang die termijn zou moeten worden verlengd, is niet *in abstracto* te zeggen: in B2B-contracten zal die termijn bijvoorbeeld veel korter kunnen zijn in vergelijking met contracten waar de beschermde partij een particulier is die nog nooit een rechtsovereenkomst heeft moeten instellen.

³⁷²³ Dat is meer bepaald het geval indien de wet een rechterlijke tussenkomst vereist: zie daarover *supra*, § 4.

³⁷²⁴ Zie uitgebreid F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 480 e.v., nr. 531 e.v.

³⁷²⁵ Dat lid luidt als volgt: “De rechtsovereenkomst kan worden toegelaten, indien zij, zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht, is ingesteld om schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen.”

niet gebruik te maken van de bescherming die zo'n nietigheidsgrond biedt.³⁷²⁶ Omdat de beschermde persoon enkel bij relatieve nietigheden over zo'n keuze beschikt, is dat artikel niet van toepassing op absolute nietigheden.³⁷²⁷ De heersende strekking in de doctrine, daarin gevolgd door de opstellers van Boek 5³⁷²⁸, is van mening dat ook absolute nietigheden binnen een bepaalde termijn moeten worden ingeroepen, meer bepaald de tienjarige termijn van art. 2262bis, § 1, eerste lid oud BW. De vijf argumenten die hierboven zijn aangehaald tegen een verplichte rechterlijke tussenkomst,³⁷²⁹ kaderen binnen de (minderheids)opvatting dat er geen termijn staat op het inroepen van een absolute nietigheidsgrond. Vorderingen tot absolute nietigverklaring zijn dan ook in werkelijkheid slechts vaststellingsvorderingen die door art. 18, tweede lid Ger.W. worden geregeld.³⁷³⁰

822. Art. 5.60, eerste lid BW verduidelijkt wanneer de keuzetermijn bij relatieve nietigheden een aanvang neemt. Dat is meer bepaald vanaf de dag volgend op deze waarop degene die zich erop beroept geldig afstand kan doen van de bevoegdheid om zich erop te beroepen: “*Aldus moet, naargelang het geval, de onbekwaamheid, het wilsgebrek of de bestaansreden van de bescherming geboden door de geschonden regel van dwingend recht, opgehouden hebben te bestaan.*”. Dat vertrekpunt strookt inhoudelijk met art. 1304 oud BW.³⁷³¹

De duur van de keuzetermijn is evenwel ingekort van tien naar vijf jaar. Bovendien is bepaald dat die termijn in ieder geval verstrijkt twintig jaar vanaf de dag volgend op de dag waarop het contract gesloten is.³⁷³² De parlementaire voorbereidingsstukken maken duidelijk dat die termijnregeling geïnspireerd is op art. 2262bis, § 1, tweede en derde lid oud BW inzake buitencontractuele aansprakelijkheid. De opstellers hadden dan ook tot doel om “de termijn voor de verjaring van de nietigheid in overeenstemming te brengen met de termijn voor de verjaring van de buitencontractuele aansprakelijkheid”³⁷³³. De afstemming van de keuzetermijn bij relatieve nietigheden op de verjaringstermijn inzake buitencontractuele aansprakelijkheid kan niet overtuigen. Ten eerste zijn het twee fundamenteel verschillende aangelegenheden. Relatieve nietigheidsgronden zijn vaak niet het gevolg van een onrechtmatige daad van de wederpartij. Dwaling of (handelings)onbekwaamheid zijn relatieve nietigheidsgronden zonder dat de wederpartij per se buitencontractueel aansprakelijk kan worden gesteld. Ten tweede rijst de vraag waarom vanuit die optiek dan niet is gekozen voor een koppeling met de restitutievordering, die onderhevig is aan de tienjarige verjaringstermijn van art. 2262bis, § 1, eerste lid oud BW, aangezien vorderingen tot nietigverklaring eveneens vaak gepaard gaan met restitutievorderingen. In werkelijkheid moet geen enkele koppeling worden gemaakt: de keuzetermijn is een termijn op zich. Ter bescherming van de rechtszekerheid is die termijn altijd geconcipieerd geweest als een erg korte termijn in vergelijking met verjaringstermijnen.³⁷³⁴ Door de duur van de

³⁷²⁶ Zie uitgebreid F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 493 e.v., nr. 547 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁷²⁷ In die zin Cass. 6 maart 1919, Pas. 1919, I, 81; Cass. 31 oktober 2008, AR C.06.0445.N; Cass. 22 maart 2010, AR C.06.0374.F; Cass. 10 september 2015, AR C.12.0533.N-C.12.0597.N. Zie ook Concl. Vandewal bij Cass. 10 september 2015, AR C.12.0533.N-C.12.0597.N en de verwijzingen daar. De opstellers van Boek 5 lijken – onterecht – een andere mening daarover na te houden: zie Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2020-21, nr. 1806/001, 71.

³⁷²⁸ Zie Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2020-21, nr. 1806/001, 70.

³⁷²⁹ Zie *supra*, § 4.

³⁷³⁰ Voor rechtsleer in die zin, zie de verwijzingen *supra*, vn. 3696.

³⁷³¹ Art. 1304, tweede en derde lid oud BW bepaalt dat “in geval van geweld [...] deze tijd eerst [begint] te lopen van de dag waarop dit heeft opgehouden en, in geval van dwaling of van bedrog, van de dag waarop deze zijn ontdekt. Ten aanzien van handelingen van minderjarigen loopt de tijd pas vanaf de dag van de meerderjarigheid.”

³⁷³² De opstellers van Boek 5 waren van mening dat de aanpassing van de termijn “geldt zowel voor de absolute als voor de relatieve nietigheden” (Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2020-21, nr. 1806/001, 71). Het standpunt dat absolute nietigheden überhaupt binnen een bepaalde termijn zou moeten worden ingeroepen, kan evenwel niet overtuigen: zie *supra*, § 5.

³⁷³³ Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2020-21, nr. 1806/001, 71.

³⁷³⁴ Zie BIGOT-PRÉAMENEU, “Présentation au corps législatif et exposé des motifs” in P.A. FENET (ed.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIII, Parijs, Videocoq, 1836, (215) 287: “Il est vrai que, dans la plupart des cas où il pouvait y avoir lieu à

keuzetermijn te koppelen aan de duur van de verjaringstermijn inzake buitencontractuele aansprakelijkheid is er niet voor gekozen om de keuzetermijn drastisch in te korten en zo meer in overeenstemming te brengen met de hedendaagse ontwikkelingen in de ons omringende landen.³⁷³⁵

823. Wanneer de beschermde persoon geen tijdige keuze maakt en de keuzetermijn ongebruikt laat verstrijken, verliest hij niet altijd elke vorm van rechtsbescherming. Voor zover de keuzetermijn ‘zwakke werking’³⁷³⁶ heeft, beschikt de beschermde partij immers nog over de zogenaamde exceptie van nietigheid. Daarmee kan zij bijvoorbeeld een aanspraak tot nakoming van de wederpartij doen afwijzen. Een geslaagd beroep op die exceptie heeft dus niet tot gevolg dat er restitutieverbintenissen ontstaan: het enige gevolg is dat bijvoorbeeld de vordering tot nakoming niet gegrond wordt verklaard.³⁷³⁷ Art. 5.60, tweede lid BW bepaalt dat die exceptie niet verjaart, maar verduidelijkt niet in welke omstandigheden die exceptie nog met succes kan worden ingeroepen nadat de keuzetermijn is verstreken. Hoewel men vaak uiteenlopende vereisten stelt opdat die exceptie succesvol zou kunnen worden opgeworpen³⁷³⁸, lijkt enkel de bevestiging van het contract door de beschermde persoon een geslaagd beroep op die exceptie te kunnen verhinderen.³⁷³⁹

§ 6. Bevestiging

824. Terwijl tijdsverloop in bepaalde omstandigheden een exceptie van nietigheid laat voortbestaan, gaat de rechtsbescherming geheel teniet wanneer de nietige overeenkomst bevestigd, geregulariseerd of legislatief gevalideerd wordt. Art. 5.61 BW behandelt enkel de bevestiging. De parlementaire voorbereidingsstukken lichten toe dat de opstellers het niet nuttig hebben geacht om een specifieke bepaling te wijden aan de regularisatie, maar dat belet niet dat de regularisatie tot gevolg kan hebben dat de geschonden norm niet langer de toepassing van de nietigheid vereist.³⁷⁴⁰ De legislatieve validatie komt niet aan bod, noch in Boek 1, noch in Boek 5, maar maakt wel

de pareilles actions, on avait senti la nécessité de ne pas laisser dans une aussi longue incertitude le sort des contractans, et le délai avait été limité à dix ans.” In dezelfde zin R. JAPIOT, *Des nullités en matière d’actes juridiques - Essai d’une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 836 e.v. Zie ook F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 506 e.v., nr. 561.

³⁷³⁵ In het Duitse recht moet de keuzebevoegde partij onverwijld (“*unverzüglich*”) kiezen bij dwaling (§ 121 BGB) en heeft zij één jaar na kennisname om haar keuze te maken bij bedrog en geweld (§ 124 BGB). In elk geval is de keuze voor de ongeldigheid uitgesloten indien sinds de afgifte van de wilsverklaring meer dan tien jaar zijn verstreken (§ 121 (2) en § 124 (3) BGB). In het Nederlandse recht duurt de gemeenrechtelijke keuzetermijn drie jaar (art. 3:52, eerste lid Nederlands BW), in het Spaanse recht vier jaar (art. 1301 *Código civil*) en in het Italiaanse recht vijf jaar (art. 1442 *Codice civile*). De ouderdom van de Spaanse *Código civil* (die dateert van 1889) en de Italiaanse *Codice civile* (die dateert van 1942) verklaren hun relatief lange keuzetermijnen.

³⁷³⁶ Een termijn heeft ‘zwakke werking’ als de bescherming niet volledig telooft na het verstrijken ervan en de beschermde partij bv. nog een exceptie kan opwerpen. Heeft de keuzetermijn ‘sterke werking’, dan gaat na het verstrijken van de termijn de geboden bescherming volledig teloor en blijft er zelfs geen exceptie over. Of een termijn zwakke dan wel sterke werking heeft, hangt af van de doelstelling van de norm die die termijn oplegt: zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 355 e.v., nr. 395 en p. 515 e.v., nr. 570 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁷³⁷ Cass. 22 oktober 1987, *RCJB* 1991, 258, noot F. GLANSBORFF; Cass. 3 september 2020, AR C.19.0412.F: “Pour le surplus, fût-elle partiellement exécutée, une convention frappée de nullité absolue pour violation de dispositions légales d’ordre public ne peut avoir aucun effet. Partant, la prescription de l’action en nullité ne prive pas une partie de la faculté d’opposer cette nullité comme exception en défense d’une demande d’exécution de cette convention.”; Cass. 16 juni 2022, AR C.21.0335.N. T. TANGHE, “Rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond”, *TPR* 2012, (705) 725, nr. 29; M. REGOUT, “La prescription de l’action en nullité” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit des contrats*, Limal, Anthemis, 2017, (309) 321, nr. 28 e.v. Zie ook C. EYBEN, “La prescription des actions en nullité et l’exception de nullité” in P. WÉRY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (165) 223 e.v., nr. 65 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁷³⁸ Zie daarover uitgebreid F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 355 e.v., nr. 395 en de verwijzingen daar. Zie ook C. EYBEN, “L’adage *Quae temporalia*... et les contrats partiellement exécutés : un régime juridique belge qui prend ses distances du régime juridique français”, *TBBR* 2022, (142) 142 e.v.; F. GLANSBORFF, “Actualité de l’adage *Quae temporalia*” in *Liber Amicorum Xavier Dieux*, Brussel, Larcier, 2022, (841) 841 e.v.

³⁷³⁹ F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 518 e.v., nr. 573 en de verwijzingen daar. Zie ook Cass. 16 juni 1910, *Pas.* 1910, I, 347: in die zaak werd een beroep op de exceptie van nietigheid afgewezen omdat de beschermde persoon op een nuttig ogenblik kennis had van zowel de verbintenis als de intentie van de schuldeiser om de nakoming daarvan te eisen.

³⁷⁴⁰ Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2020-21, nr. 1806/001,

degelijk deel uit van het Belgische recht.

825. Art. 5.61 BW stemt inhoudelijk overeen met de omschrijving die de heersende doctrine geeft aan de bevestiging, namelijk een eenzijdige rechtshandeling waarmee de beschermde persoon afstand doet van de bevoegdheid om zich op de nietigheidsgrond te beroepen.³⁷⁴¹ Opdat beschermde personen geldig afstand zouden kunnen doen van de geboden bescherming, moeten bepaalde vereisten vervuld zijn.³⁷⁴² Net als bij elke andere wilsverklaring is de geldige toestemming van de bevestigende persoon vereist. Daarnaast moet die persoon handelen met kennis van zaken (*certa scientia*)³⁷⁴³, mag de bevestigende handeling geen ongeoorloofde gevolgen teweegbrengen³⁷⁴⁴ en moet de partij de bevestigende handeling stellen op een moment dat de beoogde bescherming uitwerking heeft kunnen hebben³⁷⁴⁵: de dwaling en het bedrog moeten ontdekt zijn, het geweld moet opgehouden zijn, enzovoort.

Art. 5.61, eerste lid BW verduidelijkt dat de bevestiging niet noodzakelijk uitdrukkelijk hoeft te gebeuren. Afstand van de mogelijkheid om de nietigheid in te roepen kan ook voortvloeien uit het feit dat de beschermde persoon handelingen verricht die objectief gezien onverzoenbaar zijn met een verder beroep op de geboden bescherming, zoals de vrijwillige uitvoering van de verbintenis op een ogenblik dat de beoogde bescherming uitwerking heeft kunnen krijgen. In bepaalde gevallen houdt de vrijwillige prestatie met kennis van de (relatieve) nietigheidsgrond echter geen bevestiging in.³⁷⁴⁶ Stilzwijgende bevestigingen kunnen in elk geval enkel worden afgeleid uit “*feiten die voor geen andere uitleg vatbaar zijn en waaruit de zekere wil tot afstand blijkt*”³⁷⁴⁷.

Art. 5.61, derde lid BW bepaalt dat het gevolg van een geslaagde bevestigingshandeling is dat enkel de persoon die afstand doet (en zijn algemene rechtsopvolgers of rechtsopvolgers ten algemene titel) zich niet langer kan beroepen op de nietigheid: omdat die handeling geen afbreuk kan doen aan het recht van anderen om de nietigheid

65.

³⁷⁴¹ Zie P. VAN OMMESLAGHE, “Rechtsverwerking en afstand van recht”, *TPR* 1980, (735) 743 e.v., nr. 7. Zie ook de verwijzingen bij F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, (2705) 2785, nr. 70, vn. 429 en 430.

³⁷⁴² Zie bv. het overzicht bij H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 764 e.v., nr. 796; M. DUPONT, “Nullité absolue et nullité relative” in P. WÉRY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, (33) 75 e.v., nr. 39; P. WERY, *Droit des obligations. Volume 1 - Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 347, nr. 328; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge – Tome II: Les obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2013, 978 e.v., nr. 637.

³⁷⁴³ Art. 5.61, tweede lid BW. Dat betekent onder meer dat de rechter niet mag besluiten dat een partij afstand heeft gedaan van die bescherming als die rechter niet tegelijk heeft besloten dat de beschermde persoon kennis had van de nietigheidsgrond: Cass. 5 oktober 2018, AR C.17.0594.N. Zie ook de nuance bij M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldverhoudingen*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 41 e.v., nr. 37.

³⁷⁴⁴ Om die reden bepaalt art. 5.61, vierde lid BW, net als de heersende strekking in de doctrine, dat bevestiging enkel mogelijk is bij relatieve nietigheden. In die zin bv. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, *Introduction*, Brussel, Bruylant, 1962, 146, nr. 97, 2°; M. VON KUEGELGEN, “Réflexions sur le régime des nullités et inopposabilités” in P.-A. FORIERS (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, JBB, 2000, (569) 607, nr. 34; P. WERY, *Droit des obligations. Volume 1 - Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 348, nr. 328, punt c); P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge – Tome II: Les obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2013, 979 e.v., nr. 638; Zie W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 441, nr. 137. Cf. F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 439 e.v., nr. 483 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁷⁴⁵ Art. 5.61, tweede lid BW: “Aldus moet, naargelang het geval, de onbekwaamheid, het wilsgebrek of de bestaansreden van de bescherming geboden door de geschonden regel van dwingend recht, opgehouden hebben te bestaan”. Zie Cass. 21 maart 2014, AR C.13.0404.F. Zie ook Cass. 24 februari 2017, AR C.16.0285.N (i.v.m. art. 1595 oud BW): “De bevestiging kan slechts plaatsgrijpen nadat de nietigheidsgrond heeft opgehouden te bestaan.” Zie uitgebreider over het precieze moment waarop de nietigheid bevestigbaar wordt V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Les nullités en droit civil” in E. VIEUJEAN (ed.), *Les nullités en droit belge: sanctions du vice et conséquences*, Luik, JBL, 1991, (9) 85 e.v.; J. VAN ZUYLEN, “L’ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux” in P. WÉRY (ed.), *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Limal, Anthemis, 2011, (89) 119 e.v., nr. 17 e.v.; F. PEERAER, “De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht”, *TPR* 2013, (2705) 2786 e.v., nr. 71 en de verwijzingen daar.

³⁷⁴⁶ Zie bv. Cass. 15 september 2006, AR C.05.0171.N; Cass. 17 september 2015, AR C.14.0188.N.

³⁷⁴⁷ Cass. 7 september 2017, AR C.15.0485.N. Zie ook art. 1.12 BW: “Afstand van recht wordt niet vermoed. Hij kan slechts worden afgeleid uit feiten of handelingen die voor geen andere uitleg vatbaar zijn.”

in te roepen, wordt ook wel gezegd dat ze ‘relatieve werking’ heeft.³⁷⁴⁸

826. In het Belgische vermogensrecht heeft de regularisatie (of convalescentie) nog maar weinig aandacht gekregen. Dat zou kunnen verklaren waarom Boek 5 er geen bepaling aan wijdt. In tegenstelling tot de bevestiging zou de regularisatie volgens bepaalde auteurs niet neerkomen op een loutere afstand van de geboden bescherming, maar zou ze de vernietigbare rechtshandeling objectief zuiveren van de nietigheidsgrond waarmee de rechtshandeling behept is.³⁷⁴⁹ Dat zou betekenen dat de regularisatie niet relatief werkt, maar het gebrek *erga omnes* doet verdwijnen.³⁷⁵⁰ Het verschil met bevestiging ligt echter elders, meer bepaald in de oorsprong van de teloorgang van de uitoefeningsbevoegdheid. Terwijl bevestiging een rechtshandeling is die uitgaat van de beschermde partij, vloeit regularisatie voort uit een wijziging van feitelijke omstandigheden die buiten de macht van de beschermde partij liggen. Daardoor moet de beschermde persoon geen toestemming verlenen, niet handelingsbekwaam zijn ... opdat de regularisatie uitwerking kan krijgen.³⁷⁵¹

Voorbeelden van de regularisatie zijn onder andere³⁷⁵² de aanvulling van hetgeen aan de juiste prijs ontbreekt (onder aftrek van een tiende van de gehele prijs) door de koper bij een koop waarbij de verkoper voor meer dan 7/12 wordt benadeeld³⁷⁵³, het verdwijnen van het risico op uitwinning bij de verkoop van andermans goed³⁷⁵⁴, het regulariseren van de toestand van de vennootschap die nietig is wegens een vormgebrek³⁷⁵⁵ en het in overeenstemming brengen van een gebouw met de geldende stedenbouwkundige voorschriften.³⁷⁵⁶

827. *Legislatieve validatie* houdt tot slot in dat de overeenkomst op een gegeven moment niet langer in strijd is met de toepasselijke dwingende normen (in de ruime zin) en daardoor alsnog uitwerking kan krijgen. Zo is het niet uitgesloten dat een dwingende norm opgeheven wordt, waardoor de rechtsorde zich niet langer verzet tegen de nakoming van een initieel ongeldige belofte en de beschermde persoon zich niet langer op die nietigheidsgrond kan beroepen.³⁷⁵⁷

³⁷⁴⁸ Zie M. GHYSELEN, *Fiscale gevolgen van nietige rechtshandelingen*, Kalmthout, Biblo, 1996, 40, nr. 30 en de verwijzingen daar; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 695, nr. 553; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 209 e.v., nr. 108 en de verwijzingen daar. Zie ook F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 362 e.v., nr. 406.

³⁷⁴⁹ Zie P. WÉRY, *Droit des obligations – Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 348 e.v., nr. 355-4 en de verwijzingen daar; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge – Tome II: Les obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2013, 981, nr. 641; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 168, nr. 85.

³⁷⁵⁰ M. GHYSELEN, *Fiscale gevolgen van nietige rechtshandelingen*, Kalmthout, Biblo, 1996, 40, nr. 31; P. WÉRY, “La régularisation d’un contrat entaché d’une cause de nullité” (noot onder Luik 23 december 2014), *JLMB* 2016, (295) 296, nr. 2.

³⁷⁵¹ Zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 433 e.v., nr. 478 e.v.

³⁷⁵² Buiten het privaatrecht vindt men ook voorbeelden: krachtens art. 76, § 5 koninklijk besluit 18 april 2017 beslist de aanbestedende overheid in een geval van een substantieel onregelmatige offerte hetzij om die offerte nietig te verklaren, hetzij om deze onregelmatigheid te laten regulariseren. Zie daarover bv. RvS 8 december 2021, nr. 252.352 en RvS 8 december 2021, nr. 252.355.

³⁷⁵³ Art. 1681 oud BW. Zie ook art. 891 oud BW.

³⁷⁵⁴ Zie R. JANSEN, *Beschikkings(on)bevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 25 e.v., nr. 28; M.E. STORME, *Handboek vermogensrecht: goederen- en insolventierecht*, II, *Verkrijging en verlies van goederen*, Gent-Mariakerke, M.E. Storme, 2010, 483; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 168, nr. 85, vn. 734; P. WÉRY, “La régularisation d’un contrat entaché d’une cause de nullité” (noot onder Luik 23 december 2014), *JLMB* 2016, (295) 296, nr. 3. Zie ook J. VAN DE VOORDE, “Vendre et usucaper ne vaut”, *TBO* 2014, (45) 55 e.v.; J. VAN DE VOORDE, “De nietigheidssanctie in het Belgische vermogensrecht. Een stand van zaken anno 2023”, *TBBR* 2023, (50) (51) 61, nr. 31 e.v.

³⁷⁵⁵ Art. 176 W.Venn.

³⁷⁵⁶ Luik 23 december 2014, *JLMB* 2016, 292, noot P. WÉRY. Zie ook Cass. 7 november 2019, AR C.19.0061.N.

³⁷⁵⁷ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d’actes juridiques – Essai d’une théorie nouvelle*, Parijs, A. Rousseau, 1909, 316 e.v.; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 431 e.v., nr. 475 e.v. Zie bv. Cass. 7 juni 2012, AR C.11.0488.N.; Cass. 22 november 2021, AR C.21.0046.N (al betrof het in dit laatste arrest een *obiter dictum*).

§ 7. Gevolgen van de nietigverklaring

828. Art. 5.62 BW bepaalt dat de nietigverklaring het contract zijn gevolgen ontnemt vanaf de dag waarop het is gesloten. Men zegt ook wel dat zij ‘*ex tunc*’ of ‘retroactief’ uitwerking heeft.³⁷⁵⁸ Wat dit concreet betekent, hangt af van de betrokken rechtsverhouding. Tussen partijen houdt de retroactieve werking van de (volledige)³⁷⁵⁹ nietigheid in dat zij over en weer moeten teruggeven wat zij ontvangen hebben (‘restitutie’) (A); jegens derden houdt zij in dat een derde die intussen te goeder trouw rechten heeft verkregen, in bepaalde gevallen voorrang moet verlenen aan de partij die zich op de nietigheid beroept (B).

A. RESTITUTIE

829. In vele gevallen zorgt de nietigheid van het contract ervoor dat het geen enkel rechtsgevolg³⁷⁶⁰ teweegbrengt. Wanneer er nog géén prestaties zijn geleverd, is de situatie erg eenvoudig. Nietigheid zorgt ervoor dat de gemaakte afspraken zonder juridische waarde zijn, waardoor de nakoming ervan dus ook niet meer in rechte kan worden afgedwongen. Is er minstens al één prestatie geleverd ter uitvoering van de vermeende (want: nietige) verbintenis, dan moet de overeenkomst als een film terug worden afgewikkeld.³⁷⁶¹ Dat betekent concreet dat de partij die die prestatie heeft geleverd, restitutie kan eisen, zodat partijen worden geplaatst in de situatie waarin ze zich zouden hebben bevonden mocht er geen contract gesloten zijn geweest.³⁷⁶² De nietigheid heeft immers tot gevolg dat de rechtsgrond voor die prestatie ontbreekt. Art. 5.115 tot 5.124 BW concretiseren die restitutieplichten.³⁷⁶³

B. GEVOLGEN JEGENS DERDEN

830. Ook voor derden kan de nietigheid grote gevolgen hebben. Het is immers best mogelijk dat een bijzondere rechtsopvolger (C) intussen rechten heeft verkregen van een partij bij de nietige overeenkomst en dat C’s rechten door de nietigheid op de helling komen te staan. Als de nietigverklaring van de overeenkomst tussen A en B tot gevolg heeft dat B geen eigenaar is geworden van het overgedragen goed, dan is B ook niet beschikkingsbevoegd om het eigendomsrecht over te dragen aan C, waardoor die in principe ook geen eigenaar wordt. Dat wordt ook wel de ‘zakelijke werking’ van de nietigheid genoemd. In dergelijke gevallen leidt nietigheid tot een conflict tussen enerzijds het belang van de persoon die beschermd wordt door de nietigheid (A) en anderzijds het belang van de derde (C). De vraag is dus: in welke gevallen krijgt het belang van de derde voorrang?

Bij onroerende goederen kan C, de bijzondere rechtsopvolger³⁷⁶⁴, zich op de verkrijgende verjaring beroepen om een revindicatievordering van A, de persoon die door de nietigheid wordt beschermd, te doen afwijzen. Indien hij te goeder trouw was, kan hij de verkorte tienjarige termijn inroepen; indien hij te kwader trouw was, treedt de verkrijgende verjaring pas na dertig jaar in.³⁷⁶⁵

³⁷⁵⁸ Zie bv. Cass. 22 april 2013, AR C.12.0285.F (“*Hoewel de nietigheid van een overeenkomst ex tunc geldt, [...]*”); Cass. 23 november 1956, Arr.Cass. 1957, 197 en Pas. 1957, I, 305 (“*Overwegende [...] dat de nietigheid van de overeenkomst [...] ex tunc bestaat, [...]*”).

³⁷⁵⁹ Over de gevolgen van een gedeeltelijke nietigverklaring, zie *infra*, § 8.

³⁷⁶⁰ De nietigheid is daarentegen niet bij machte om onmiddellijk feitelijke gevolgen terug te draaien. Om die feitelijke gevolgen ongedaan te maken, zal bijvoorbeeld restitutie moeten worden gevorderd.

³⁷⁶¹ Zie R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 521, nr. 243 en de verwijzingen daar in vn. 2247.

³⁷⁶² Vaak wordt geschreven dat partijen (althans in de regel) moeten worden teruggeplaatst “*in de toestand waarin ze zich bevonden vóór het afsluiten van de nietige overeenkomst*” (in die zin bv. Cass. 22 januari 2021, AR C.19.0605.N). Dat is niet altijd precies, omdat de rechter vaak ook een uitspraak moet doen over de impact van gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan na de contractsluiting op de restitutieverbintenissen van partijen.

³⁷⁶³ Zie daarover [in te voegen kruisverwijzing naar ander deel van het handboek].

³⁷⁶⁴ Over de vraag in welke mate C beschermd is als die geen bijzondere rechtsopvolger maar een (al dan niet bevoorrechte) schuldeiser is van B, zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 692 e.v., nr. 805 e.v.

³⁷⁶⁵ Art. 3.27, eerste lid BW. Voor andere wettelijke bepalingen die de bijzondere rechtsopvolger beschermen, zie F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 682 e.v., nr. 794.

Bij onroerende goederen vormt de onroerende publiciteit een andere manier om potentiële bijzondere rechtsopvolgers van B te beschermen. Om hen te informeren over het feit dat B's eigendomstitel mogelijk nietig is, schrijft art. 3.33, eerste lid, eerste zin BW³⁷⁶⁶ voor dat een eis tot vernietiging maar ontvankelijk is als zij gekantmeld is. De uitspraak die volgt op die eis moet eveneens worden ingeschreven.³⁷⁶⁷ Indien de nietigheid uitwerking krijgt door een kennisgeving, moet die evenzeer worden gekantmeld opdat die kennisgeving tegenwerpelijk is aan derden. Opdat een dergelijke kennisgeving voor kantmelding in aanmerking komt, moet die in een authentieke akte zijn geformaliseerd.³⁷⁶⁸ De bescherming die de kantmelding biedt, is evenwel beperkt. Ze beschermt namelijk enkel toekomstige verkrijgers. Art. 3.34, tweede lid BW voorziet enkel een bescherming voor bijzondere rechtsopvolgers die te goeder trouw hebben verkregen *nadat* de eis tot nietigverklaring is ingesteld (maar voordat die eis is gekantmeld). Vindt die verkrijging plaats op een ogenblik dat de eis tot nietigverklaring nog niet is ingesteld, dan wordt de bijzondere rechtsopvolger van B niet (ten nadele van A) beschermd.³⁷⁶⁹ Daarmee kan een gerechtelijke nietigverklaring voor A (d.i. de door nietigheid beschermde persoon) aanzienlijk voordeliger zijn dan een nietigverklaring door kennisgeving (mocht art. 5.59, derde lid BW die al hebben toegelaten). Gelet op art. 3.34, derde lid BW wordt de bijzondere rechtsopvolger van B wél beschermd indien de verkrijging heeft plaatsgevonden op een moment dat de kennisgeving van de nietigverklaring wel al is gebeurd, maar nog niet is geformaliseerd in een authentieke akte en gekantmeld in de registers.

Met een arrest van 22 januari 2021³⁷⁷⁰ heeft het Hof van Cassatie daar nog een bescherming voor bepaalde bijzondere rechtsopvolgers aan toegevoegd. Wanneer de bijzondere rechtsopvolger te goeder trouw en onder bezwarende titel een beperkt zakelijk recht (zoals een hypotheek op een onroerend goed) verkrijgt, wordt die beschermd ten nadele van A indien de titel van diegene die het beperkt zakelijk recht heeft verleend met terugwerkende kracht tenietgaat. De vraag rijst of die uitspraak ook geldt onder het nieuwe goederenrecht, dat in werking is getreden op 1 september 2021. Art. 3.17, eerste lid BW bevat een opsomming van “beëindigingsgronden met relatieve werking”³⁷⁷¹ van onroerende beperkt zakelijke rechten. De nietigheid komt niet voor in die opsomming³⁷⁷². De expliciete vermelding van maar liefst zes concrete beëindigingsgronden stuurt aan op de conclusie dat de wetgever daarmee meteen ook alle beëindigingsgronden met relatieve werking heeft opgesomd: anders had die de nietigheid – wat bovendien een erg gekende beëindigingsgrond is – wel vermeld. Bovendien strookt de niet-vermelding van de nietigheid in art. 3.17, eerste lid BW met de voorrang die art. 3.34, tweede lid BW verschaft aan de door de nietigheid beschermde persoon wanneer bijzondere rechtsopvolgers van B hebben verkregen voordat de eis tot nietigverklaring is ingesteld. Die niet-vermelding strookt overigens ook met art. 5.62 BW, dat niet bepaalt dat de nietigheid, anders dan art. 5.95, derde lid BW met betrekking tot de ontbinding, het contract slechts zijn gevolgen ontnemt voor de toekomst. Daarmee lijkt het hoogst twijfelachtig of de vermelde rechtspraak ook vandaag nog geldt.³⁷⁷³

³⁷⁶⁶ “Geen eis strekkende tot tenietgaan van rechten voortvloeiende uit akten, aan overschrijving onderworpen, wordt door de rechter ontvangen, dan na te zijn ingeschreven op de kant der overschrijving van de titel waarvan het tenietgaan gevorderd wordt, en, in voorkomend geval, op de kant der overschrijving van de laatste overgeschreven titel.”

³⁷⁶⁷ Art. 3.33, eerste lid, tweede zin BW: “Iedere uitspraak op zodanige eis wordt eveneens ingeschreven achter de kantmelding die bij de vorige zin is voorgeschreven.”

³⁷⁶⁸ Art. 3.34, derde lid BW: “Indien de nietigheid of ontbinding van een aan overschrijving onderworpen akte buitengerechtelijk plaatsvindt, is deze slechts aan derden tegenwerpelijk nadat die kennisgeving in een authentieke akte is geformaliseerd en op de kant van de registers van het bevoegde kantoor van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie is overgeschreven.”

³⁷⁶⁹ Zie B. VERHEYE, “Onroerende publiciteit” in V. SAGAERT (ed.), *Het nieuwe goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (203) 241, nr. 34.

³⁷⁷⁰ AR C.20.0143.N, RW 2020-21, 1335, noot B. VERHEYE, *Jurim pratique* 2021, afl. 2, 51, noot G. CARNOY en V. LIBION, *T.Not.* 2021, 286, concl. R. MORTIER, noot, *TBBR* 2022, 219, noot M.E. STORME en R. JANSEN.

³⁷⁷¹ Daarmee wordt bedoeld dat een beëindigingsgrond wel zou werken in de verhouding tussen partijen, maar niet tegenwerpelijk is aan derden. Zie daarover uitgebreid B. VERHEYE, “Relatieve beëindiging van onroerende beperkte zakelijke rechten”, *TPR* 2017, (455) 455 e.v.

³⁷⁷² “De afstand, herroeping, ontbinding wegens niet-nakoming, opzegging in minnelijke overeenstemming, vermenging en vervallenverklaring doen geen afbreuk aan de rechten van derden die te goeder trouw op het tenietgegane zakelijk recht zijn verkregen.”

³⁷⁷³ In die zin ook F. GEORGE, “Object, cause et régime des nullités” in T. DERVAL, R. JAFFERALI en B. KOHL (eds.), *La réforme du droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2023, (249) 297, nr. 47 en de verwijzingen daar; M.E. STORME en R. JANSEN, “Het rechtmatig vertrouwen als correctief op beschikkingsonbevoegdheid”, *TBBR* 2022, (285) 294, nr. 15; P. WÉRY, “Du poids des mots en droit: une

Als de bijzondere rechtsopvolger te goeder trouw en onder bezwarende titel een zakelijk recht op een roerend goed verkrijgt en dat goed ongestoord en ondubbelzinnig bezit, beschermt art. 3.28, § 1 BW hem tegen een terugvordering van dat goed door de persoon die door de nietigheid wordt beschermd.³⁷⁷⁴ Verkrijgt de bijzondere rechtsopvolger te goeder trouw en onder bezwarende titel een zakelijk recht op schuldvordering, dan is die maar beschermd zodra er kennis is gegeven aan de gecedeerde schuldenaar.³⁷⁷⁵

831. Het is betwist of C bescherming geniet indien die (louter) een persoonlijk recht heeft verkregen. Stel dat A een onroerend goed verkoopt aan B, die het op zijn beurt verhuurt aan C en dat de overeenkomst tussen A en B nietig is (bv. omdat B bedrog heeft gepleegd). Moet A de huurovereenkomst gestand doen, of kan hij het onroerend goed revindiceren van C en hem uit het huis zetten?³⁷⁷⁶ Sommigen menen, zonder nadere toelichting, dat dergelijke daden van beheer behouden blijven³⁷⁷⁷; anderen zijn dan weer van oordeel dat C bij gebrek aan wettelijke grondslag niet ten koste van A wordt beschermd.³⁷⁷⁸ Vanwege die grote en storende gevolgen voor bijzondere rechtsopvolgers heeft Baeck ervoor gepleit om de zakelijke werking van de nietigheid af te schaffen.³⁷⁷⁹ Om een aanvaardbaar evenwicht te bewaren tussen enerzijds het belang van de persoon die door nietigheid wordt beschermd en anderzijds het rechtmatig vertrouwen van derden, lijkt een dergelijke radicale afschaffing echter niet steeds opportuun. M.i. lijkt de zakelijke werking van de nietigheid bij sommige nietigheidsgronden wel degelijk verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel (althans in bepaalde omstandigheden).³⁷⁸⁰

§ 8. Gedeeltelijke nietigheid

832. De nietigheid zorgt er niet altijd voor dat de overeenkomst alle rechtsgevolgen ontbeert. In sommige gevallen heeft de nietigheid een beperktere impact, waardoor bepaalde rechtsgevolgen overeind blijven.³⁷⁸¹ Zo

application aux causes de dissolution du contrat” in *Liber amicorum Xavier Thunis*, Brussel, Larcier, 2022, (81) 89, nr. 7. Vgl. J. VAN DE VOORDE, “De nietigheidssanctie in het Belgische vermogensrecht. Een stand van zaken anno 2023”, *TBBR* 2023, (50) 72, nr. 70. Vincent Sagaert meent daarentegen dat het arrest ook blijft gelden na de inwerkingtreding van Boek 3: V. SAGAERT, “Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters”, *NFM* 2021, (38) 45, nrs. 24-25. In soortgelijke zin B. VERHEYE, “De (beperkte) theorie van onroerende schijneigendom naar Belgisch recht” (noot onder Cass. 22 januari 2021), *RW* 2020-21, (1335) 1340-1341, nr. 11.

³⁷⁷⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 799, nr. 829, litt. C; C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge”, *Ann.fac.dr.Lg.* 1962, (243) 288; V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Les nullités en droit civil” in E. VIEUJEAN (ed.), *Les nullités en droit belge: sanctions du vice et conséquences*, Luik, JBL, 1991, (9) 115; P. WÉRY, *Droit des obligations – Volume 1: Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2011, 344, nr. 353; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 688, nr. 299.

³⁷⁷⁵ Art. 3.28, § 2 BW.

³⁷⁷⁶ Zie uitgebreider over die vraag F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 688 e.v., nr. 797 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁷⁷⁷ C. RENARD en E. VIEUJEAN, “Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge”, *Ann.fac.dr.Lg.* 1962, (243) 288; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1987, 417, nr. 131; V. BASTIAEN en G. THOREAU, “Les nullités en droit civil” in E. VIEUJEAN (ed.), *Les nullités en droit belge: sanctions du vice et conséquences*, Luik, JBL, 1991, (9) 115; F. GLANSDORFF, “Les obligations de restitution” in J.-F. GERMAIN (ed.), *Questions spéciales en droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2010, (71) 111, nr. 45. Cf. M.E. STORME, “Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel in het Belgisch verbintenissenrecht”, *TPR* 1997, (1861) 1875, nr. 19.

³⁷⁷⁸ In die zin bv. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 798 e.v., nr. 829, litt. B; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 236 e.v., nr. 377; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 694 e.v., nr. 302 e.v. Impliciet L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 706, nr. 560.

³⁷⁷⁹ J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 100 e.v., nr. 143 e.v.

³⁷⁸⁰ Zie uitgebreid F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 746 e.v., nr. 865 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁷⁸¹ Volgens bepaalde auteurs heeft de nietigheid dan ook steeds een zo specifiek mogelijke uitwerking. Enkel de rechtsgevolgen die aangetast zijn door de nietigheidsgrond, zijn nietig; de overige rechtsgevolgen blijven in eerste instantie overeind. In die zin bv. T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 144 e.v., nr. 132 e.v.; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 299 e.v., nr. 343 en p. 305 e.v., nr. 348 en de verwijzingen daar.

heeft het feit dat iemand gedwaald heeft over de inhoud van de verbintenissen die zijn aangegaan, in principe geen impact op de arbitrage-, forumkeuze- en bewijsafspraken die partijen in diezelfde overeenkomst hebben opgenomen.³⁷⁸² Art. 5.63, eerste lid BW bepaalt op algemene wijze dat de nietigverklaring zich beperkt tot een gedeelte van het contract wanneer de nietigheidsgrond slechts dat gedeelte betreft, voor zover het contract deelbaar is, rekening houdend met de bedoeling van de partijen evenals met het doel van de geschonden regel.

833. De parlementaire voorbereidingsstukken maken duidelijk dat art. 5.63, eerste lid BW betrekking heeft op zowel de ‘partiële nietigheid’ in de enge zin als de ‘reductie’ (of ‘matiging’).³⁷⁸³ Partiële nietigheid houdt in dat de nietigheid enkel betrekking heeft op de bedingen die aangetast zijn door de nietigheidsgrond en dat de overeenkomst voor het overige werkzaam blijft als die overeenkomst zonder de nietige bedingen kan voortbestaan.³⁷⁸⁴ Bij reductie wordt een nietig beding gematigd tot een minder verregaand niveau: terwijl partiële nietigheid de nietigheid beperkt tot een beding, zorgt reductie ervoor dat het nietige beding wordt vervangen door een beding van dezelfde aard, maar van een mindere intensiteit.³⁷⁸⁵ Dat is bv. het geval wanneer een beding dat een overmatige intrest stipuleert, niet geheel wordt vernietigd, maar slechts wordt ‘gereduceerd’ tot een beding met een lagere intrestvoet of wanneer een overmatig concurrentiebeding wordt gereduceerd tot een aanvaardbaar niveau.³⁷⁸⁶

Door middel van conversie wordt een nietige overeenkomst omgevormd tot een andere, wel geldige overeenkomst.³⁷⁸⁷ Concreet gaat het om de techniek waarmee een nietige rechtshandeling wordt omgezet in een geldige vervangingshandeling die het doel dat met de initiële rechtshandeling werd beoogd, zo goed mogelijk – zij het slechts deels – verwezenlijkt om op die manier de wil van partijen zo veel mogelijk gestand te doen.³⁷⁸⁸ Men kan bv. denken aan de conversie van een nietig authentiek testament in een geldig internationaal testament³⁷⁸⁹ of aan de conversie van een nietig endossement in een gemeenrechtelijke overdracht of verpanding van een

³⁷⁸² Voor arbitragebedingen, zie art. 1690, § 1, eerste lid Ger.W.: “*Het scheidsgerecht kan beslissen over zijn eigen rechtsmacht, en mede over iedere exceptie met betrekking tot het bestaan of de geldigheid van de arbitrageovereenkomst. Daartoe wordt een arbitrageovereenkomst, als die onderdeel van een contract is, beschouwd als een overeenkomst die los staat van de andere contractuele bepalingen. De vaststelling door het scheidsgerecht dat het contract nietig is, brengt niet van rechtswege de nietigheid van de arbitrageovereenkomst met zich.*”

³⁷⁸³ Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer*, 2020-21, nr. 1806/001, 74.

³⁷⁸⁴ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 702 e.v., nr. 306 e.v. Voor de volledigheid dient men hieraan toe te voegen dat de partiële nietigheid ook ‘personeel’ kan werken: in dat geval treft de partiële nietigheid de rechtshandeling in de mate dat ze (interne) rechtsgevolgen teweegbrengt die de rechtspositie van een van de contractpartijen beïnvloeden. Zie over die personele partiële nietigheid, die vooral bij meerpartijenovereenkomsten van belang is, I. SAMOY, “Pijnpunten bij het opstellen van consortium- en andere overeenkomsten met meer dan twee partijen” in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht – Themis nr. 41*, Brugge, die Keure, 2006-07, (51) 68 e.v., nr. 55 e.v.; T. DANG VU, “De totstandkoming van meerpartijenovereenkomsten vanuit een statisch oogpunt en de toetreding van nieuwe partijen” in I. SAMOY en P. WÉRY (eds.), *Meerpartijenovereenkomsten*, Brugge, die Keure, 2013, (47) 47 e.v.; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 195 e.v., nr. 179 e.v.

³⁷⁸⁵ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 702, nr. 306. Cf. T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 186, nr. 172.

³⁷⁸⁶ Zie o.m. Cass. 23 januari 2015, AR C.13.0579.N; Cass. 25 juni 2015, AR C.14.0008.F; Cass. 9 september 2019, AR C.18.0521.N; Cass. 4 januari 2019, AR C.18.0045.N. Voor toepassingen in de feitenrechtspraak, zie bv. Ondrb. Gent (afd. Dendermonde) 6 augustus 2021, RW 2021-22, afl. 30, 1198; Antwerpen 3 juni 2020, TBH 2020, 532. Ook in andere situaties heeft het Hof van Cassatie de reductie toegepast: zie bv. Cass. 15 december 2006, AR C.05.0558.N; Cass. 3 december 2015, AR C.15.0210.N (beide over een te lang opstalrecht); Cass. 25 oktober 1999, RW 2000-01, 812 (over een te hoog forfaitair bedrag bij de schending van een niet-concurrentieverplichting door een handelsvertegenwoordiger). Zie uitgebreid over wettelijke en jurisprudentiële toepassingen van de reductie P. WÉRY, “Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d’une clause illicite” (noot onder Cass. 25 juni 2015), *RCJB* 2016, (387) 403 e.v., nr. 19 e.v.

³⁷⁸⁷ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 702, nr. 306. Zie F. PEERAER, “Nietigverklaring vs. gerechtelijke conversie van een contract of van een contractueel beding” in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (321) 325 e.v., nr. 7 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁷⁸⁸ Zie F. PEERAER, “Nietigverklaring vs. gerechtelijke conversie van een contract of van een contractueel beding” in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, (321) 325 e.v., nr. 7 e.v.

³⁷⁸⁹ Brussel 12 oktober 1993, NFM 1995, afl. 10, 15, noot M. PUELINCKX-COENE.

schuldvordering³⁷⁹⁰. De opstellers van Boek 5 hebben niet beoogd ook die figuur onder het toepassingsgebied van art. 5.63, eerste lid BW te brengen, aangezien die volgens hen “al mogelijk is dankzij artikel 5.68 inzake de herkwalficatie van het contract”.³⁷⁹¹ Die keuze verrast. Ten eerste zijn de toepassingscriteria voor partiële nietigheid, reductie en conversie inhoudelijk dezelfde,³⁷⁹² zodat niet goed valt in te zien waarom de conversie niet onder art. 5.63 BW zou moeten vallen. Ten tweede is het technisch niet helemaal precies om conversie te beschouwen als een vorm van herkwalficatie. Bij herkwalficatie (in de enge zin)³⁷⁹³ komt de rechter tot de conclusie dat de kwalificatie die partijen expliciet aan hun contract hebben gegeven, geen weerspiegeling vormt van hun gemeenschappelijke bedoeling zoals die blijkt uit andere elementen zoals de clausules in dat contract. Om die gemeenschappelijke bedoeling te laten primeren, is die ‘herkwalficatie’ nodig. Conversie strekt er echter niet toe om die gemeenschappelijke bedoeling te laten primeren: net doordat het contract aangetast is door een nietigheidsgrond, kan die gemeenschappelijke bedoeling niet onverkort doorgang vinden. Daardoor bevat het contract een lacune: wat partijen werkelijk wilden, is nietig, maar over de impact van die nietigheid op de rest van hun contract zijn (per hypothese) geen afspraken gemaakt. De conversie laat toe om in bepaalde omstandigheden die lacune op te vullen. Gelet op het verschil tussen ‘herkwalficatie’ en ‘conversie’ lijkt het dus niet helemaal gepast om ze beide in één en dezelfde bepaling te regelen.

Wat er ook van zij, de parlementaire voorbereidingsstukken bij het nieuwe Boek 5 laten er geen twijfel over bestaan dat de partiële nietigheid, de reductie en de conversie deel uitmaken van het Belgische recht.³⁷⁹⁴

834. De vraag rijst in welke omstandigheden de gedeeltelijke nietigheid (met inbegrip van de conversie) kan worden toegepast. Art. 5.63, eerste lid BW vermeldt twee criteria: de bedoeling van de partijen en het doel van de geschonden regel.

Het normdoel moet in de praktijk als eerste aan bod komen: slechts als de doelstelling van de geschonden rechtsregel geen dwingende oplossing oplegt (en dus niet bepaalt dat de overeenkomst gewijzigd in stand moet blijven of net niet mag blijven), kunnen partijen daar zelf geldige afspraken over maken.³⁷⁹⁵ In bepaalde gevallen schrijft de wet uitdrukkelijk voor welke gevolgen de nietige wilsverklaring toch teweegbrengt. Daarbij kan men bv. denken aan de gevallen waarin de wet expliciet de reductie van een overmatig beding oplegt,³⁷⁹⁶ expliciet de nietigheid beperkt tot een enkel beding en de overeenkomst voor het overige overeind houdt³⁷⁹⁷ ... Maar ook wanneer een dergelijke uitkomst niet klaar en duidelijk uit de bewoordingen van de wet blijkt, kan het achterliggende normdoel toch een specifieke oplossing dicteren. Dat is vaak het geval bij wetgeving die tot doel heeft om zwakkere partijen, zoals huurders, consumenten, werknemers, concessienemers en handelsagenten te beschermen.³⁷⁹⁸ In dergelijke situaties kan het belang van die zwakkere partij vereisen dat de overeenkomst, ondanks het nietige beding, toch overeind blijft – zelfs als de wederpartij kan aantonen dat zij de overeenkomst niet zou hebben gesloten zonder dat beding.³⁷⁹⁹

³⁷⁹⁰ Cass. 3 maart 2022, AR C.21.0340.N.

³⁷⁹¹ Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2020-21, nr. 1806/001, 75.

³⁷⁹² Zie uitgebreid F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 570 e.v., nr. 638 e.v. en de verwijzingen daar.

³⁷⁹³ De herkwalficatie in de ruime zin is dan de herkwalficatie zoals art. 5.68 BW die begrijpt. Die is ruimer, aangezien daar ook vraagstukken bij worden gebracht die niets te maken hebben met de bepaling van de gemeenschappelijke bedoeling van partijen.

³⁷⁹⁴ Onder het oude verbintenissenrecht was niet iedereen van mening dat die drie technieken stuk voor stuk deel uitmaakten van het Belgische recht: zie daarover de eerste editie van dit handboek, nr. 697. Zie recent over die technieken ook onder meer S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2022, 170 e.v., nr. 182 e.v.; P. WÉRY, *Droit des obligations. Volume 1 - Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2021, 353 e.v., nr. 330-1 e.v. en 384 e.v., nr. 355-3.

³⁷⁹⁵ Zie over dergelijke afspraken *infra*, § 9.

³⁷⁹⁶ Bv. art. 920; 1231, § 1; 1660; 1970 en 2013, derde lid oud BW.

³⁷⁹⁷ Bv. art. VI.84, § 1, tweede lid WER.

³⁷⁹⁸ Zie ook R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 716 e.v., nrs. 311-IV en 312.

³⁷⁹⁹ Voor een voorbeeld waar zelfs de nietigheid van een kernbeding (*in casu* de prijs) om die reden niet tot de nietigheid van de gehele

Wanneer partijen geen concrete afspraken hebben gemaakt over de gevolgen van een nietigheidsgrond op (de rest van) het contract, schiet de werkelijke bedoeling van de partijen tekort. In een arrest van 23 november 2017³⁸⁰⁰ heeft het Hof van Cassatie verduidelijkt dat in die situatie een gedeeltelijke nietigverklaring niet noodzakelijk uitgesloten is. De rechter moet namelijk nagaan “of een partiële nietigheid verenigbaar is met het doel dat de partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen hadden en of hierdoor geen afbreuk wordt gedaan aan de gerechtvaardigde belangen en verwachtingen van de partijen”³⁸⁰¹. Bij de beoordeling of het gerechtvaardigd is om het contract zonder het nietige beding te laten voortbestaan, moet de rechter zich door een veelheid aan gezichtspunten laten leiden, zoals de kern of essentie van het contract³⁸⁰², het contractuele evenwicht met inbegrip van het wederkerigheidsbeginsel, de doelstellingen van partijen bij het contract (voor zover kenbaar en aanvaard door de wederpartij), de vraag in wiens voordeel of nadeel het nietige beding is bedongen, de aanvulling die aanvullend recht zou aanbrengen om een eventuele leemte op te vullen en – althans volgens sommigen – het gedrag van de partijen bij het sluiten van het contract.³⁸⁰³

835. Een tweede fundamentele vraag is welke gevolgen de gedeeltelijke nietigverklaring heeft. In principe zal het nietig beding worden geschrapt, zonder (verdere) impact op de rest van het contract (art. 5.63, tweede lid BW). Heeft de gedeeltelijke nietigverklaring betrekking op een overmatig beding, dan zullen de gevolgen van dat beding in principe worden beperkt tot een (maximaal) aanvaardbaar niveau. Heeft de nietigheid tot gevolg dat een beding in zijn geheel zonder uitwerking blijft, dan kan de ontstane leemte in principe worden opgevuld door het aanvullend recht. Is bijvoorbeeld een beding over verwijlinteressen geheel nietig, dan wordt dat beding in principe vervangen door de wettelijke verwijlinteressen. Die aanvullingsmogelijkheid wordt evenwel in aanzienlijke mate beperkt door de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot onrechtmatige bedingen in contracten tussen consumenten en ondernemingen (Richtlijn 93/13). Op 14 juni 2012 heeft dat Hof een principiële arrest gevelde waarin het oordeelt dat nietige bedingen in dergelijke contracten geheel buiten toepassing moeten blijven (en dus niet kunnen worden aangevuld of herzien).³⁸⁰⁴ Dat herzieningsverbod is intussen al vaak bevestigd³⁸⁰⁵ en ook al toegepast door het Hof van Cassatie.³⁸⁰⁶ Intussen zijn ook uitzonderingen op dat herzieningsverbod erkend, meer

overeenkomst hoeft te leiden, zie HvJ 30 april 2014, *Kásler en Káslerne Rábai*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282. Die rechtspraak is nadien bevestigd in HvJ 26 maart 2019, *Abanca Corporación Bancaria en Bankia*, C-70/17 en C-179/17, EU:C:2019:250, r.o. 56 en 64; HvJ 3 oktober 2019, *Kamil Dziubak en Justyna Dziubak t. Raiffeisen Bank International AG*, ECLI:EU:C:2019:819, r.o. 48; HvJ 3 maart 2020, *Marc Gómez del Moral Guasch t. Bankia SA*, ECLI:EU:C:2020:138, r.o. 64; HvJ 25 november 2020, *Banca B. t. A.A.A.*, ECLI:EU:C:2020:954, r.o. 30. Zie daarover ook J. RENIERS en F. VAN DEN ABEELE, “Beperkte aanvullingsmogelijkheid bij vernietiging onrechtmatig beding”, *DCCR* 2021, afl. 4, (3) 3 e.v.; M.E. STORME en J. WERBROUCK, “Invloed van het Europees recht op het Belgische contractenrecht en (in)consistentie van dat laatste met het eerste”, *NTBR* 2022, afl. 5, (120) 124 e.v.

³⁸⁰⁰ AR C.17.0389.N.

³⁸⁰¹ Cass. 23 november 2017, AR C.17.0389.N. Zie uitgebreider F. PEERAER, “Ook het Hof van Cassatie acht partiële nietigheid mogelijk bij bedrog” (noot onder Cass. 23 november 2017), *TBBR* 2018, (209) 212 e.v., nr. 9 e.v. Over het antwoord op de vraag of de werkelijke dan wel hypothetische wil of de rechtmatige belangen van de partijen de maatstaf moeten vormen voor de toepassing van de gedeeltelijke nietigverklaring, bestaat in de rechtsleer geen eensgezind: zie de verwijzingen bij F. PEERAER, “Nietigheid op maat: proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie”, *TPR* 2016, (179) 194 e.v., nr. 13 e.v., p. 204 e.v., nr. 25 e.v., p. 214 e.v., nr. 38 e.v. en p. 226 e.v., nr. 50 e.v.; F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nrs. 622 e.v., 634, 640 e.v. en 648 e.v.

³⁸⁰² Zie ook, in een andere context, Cass. 10 maart 2023, AR C.22.0119.N: “Behoudens de wet zich hiertegen verzet, blijft de overeenkomst in stand indien de ongeoorlooftheid van de overeenkomst wordt of kan worden ongedaan gemaakt, derwijze dat het doel dat de wet beoogt, wordt of kan worden bereikt. Het ongedaan maken van de ongeoorlooftheid van de overeenkomst is evenwel slechts mogelijk indien daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de essentiële elementen van de overeenkomst.”

³⁸⁰³ Zie uitgebreid over die gezichtspunten T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 227 e.v. Zie ook F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 600 e.v., nr. 676 e.v.

³⁸⁰⁴ HvJ 14 juni 2012, *Banco Español de Crédito SA t. Camino*, ECLI:EU:C:2012:349.

³⁸⁰⁵ Zie o.m. HvJ 30 april 2014, *Kásler en Káslerne Rábai*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, r.o. 80-84; HvJ 21 januari 2015, *Unicaja Banco en Caixabank*, ECLI:EU:C:2015:21; HvJ 3 maart 2020, HvJ 27 januari 2021, *Dexia Nederland*, ECLI:EU:C:2021:68, r.o. 63 en de daar aangehaalde rechtspraak. Voor een bespreking, zie bv. B. GSELL, “Grenzen des Rückgriffs auf dispositives Gesetzesrecht zur Ersetzung unwirksamer Klauseln in Verbraucherverträgen”, *JZ* 2019, (751) 751 e.v.

³⁸⁰⁶ Zie Cass. 9 oktober 2020, AR C.19.0631.N.

bepaald wanneer de nietigverklaring van een onrechtmatig beding tot gevolg heeft dat de overeenkomst niet kan voortbestaan (zonder aanvulling door een nationale wettelijke regeling) en de consument, als gevolg van dat niet-voortbestaan, geconfronteerd zou worden met uiterst nadelige gevolgen.³⁸⁰⁷

836. Art. 5.63, tweede lid BW bepaalt dat een beding dat door de wet voor niet geschreven wordt gehouden, de rest van het contract laat voortbestaan, eenmaal dat beding nietig is verklaard. De parlementaire voorbereidingsstukken maken duidelijk dat de opstellers van Boek 5 met de ‘voor niet geschreven gehoudenheid’ geen andere sanctie voor ogen hadden dan de nietigheid. Het enige verschil met (andere) nietigheden is dat er bij ‘voor niet geschreven gehoudenheden’ een (minstens zeer sterk) deelbaarheidsvermoeden zou zijn: als een beding voor niet geschreven wordt gehouden, dan zou de nietigheid van dat beding in de regel geen impact hebben op de rest van het contract.³⁸⁰⁸ Een andere sanctie dan de nietigheid die wel van rechtswege zou werken, zou volgens die opstellers overbodig zijn, “*rekening houdend met de mogelijkheden inzake buitengerechtelijke nietigverklaring waarin het voorstel voorziet*”³⁸⁰⁹.

De opstellers kunnen daarin niet worden bijgetreden. Er is wel degelijk behoefte aan een sanctie voor bedingen³⁸¹⁰ die ‘van rechtswege’ uitwerking krijgt, dus zonder dat de beschermde partij binnen een bepaalde termijn expliciet moet aangeven dat ze van de geboden bescherming gebruik wenst te maken. De opstellers menen onterecht dat de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie genoeg zou nemen met de nietigheidssanctie zoals de opstellers die opvatten.³⁸¹¹ Het is namelijk vaste rechtspraak van dat Hof dat de nationale rechter alle gevolgen moet trekken uit de vaststelling dat een bepaald beding oneerlijk is, zonder dat die rechter moet wachten op een vordering van de consument tot vernietiging van het oneerlijke beding.³⁸¹² Dat betekent dus dat de nationale rechter de bescherming die die bepaling biedt, ambtshalve moet toepassen. Dat veronderstelt op zijn beurt dat die bescherming van rechtswege uitwerking krijgt: anders zou de rechter die bepaling immers niet ambtshalve kunnen toepassen. Ook in het (intern)Belgische recht zijn er situaties waarin een van rechtswege werkende sanctie reeds nodig is geacht. Men kan bijvoorbeeld denken aan verstekzaken, waarin de rechter krachtens art. 806 Ger.W. verplicht is vorderingen of middelen niet in te willigen als die strijdig zijn met de openbare orde, “met inbegrip van de rechtsregels die de rechter krachtens de wet ambtshalve kan toepassen”³⁸¹³. Indien de rechter op de hoogte is van het bestaan van een (absolute of relatieve) nietigheidsgrond, moet de rechter die toepassen, wat veronderstelt dat de beschermde partij daar niet voorafgaandelijk uitdrukkelijk een beroep op moet hebben gedaan. Daarnaast heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 25 april 2003³⁸¹⁴

³⁸⁰⁷ HvJ 30 april 2014, *Kásler en Káslerné Rábai*, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, r.o. 80-84. Dat arrest is nadien vaak bevestigd: zie de rechtspraak vermeld in vn. 3799. Zie daarover ook de rechtsleer in diezelfde voetnoot vermeld.

³⁸⁰⁸ “Het door de wet voor niet geschreven gehouden beding is onderworpen aan het gemeenrechtelijk regime van nietigheden, met als enig voorbehoud de deelbaarheid ervan. Het krijgt dus uitwerking tot aan de nietigverklaring, die echter met terugwerkende kracht intreedt.”: Wetsvoorstel (K. GEENS e.a.) houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 2020-21, nr. 1806/001, 74-75.

³⁸⁰⁹ *Ibid.*, 74.

³⁸¹⁰ Ook voor contracten (en eenzijdige rechtshandelingen) in het algemeen: zie daarover uitgebreid F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 393 e.v., nr. 437 e.v.

³⁸¹¹ In soortgelijke zin J. VAN MEERBEECK, “L’objet, la cause et la nullité” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (145) 164, nr. 38.

³⁸¹² HvJ 21 februari 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88, r.o. 28; HvJ 30 mei 2013, *Asbeek Brusse*, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, r.o. 50; HvJ 30 mei 2013, *Erika Jörös*, C-397/11, ECLI:EU:C:2013:340, r.o. 42; HvJ 1 oktober 2015, *ERSTE Bank*, C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637, r.o. 42; HvJ 21 december 2016, C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, *Cajasur Banco*, r.o. 59; HvJ 10 juni 2021, *VB t. BNP*, ECLI:EU:C:2021:470, r.o. 38. Zie HvJ 17 mei 2018, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, *Susan Kuijpers*, r.o. 36.

³⁸¹³ Die aanvulling is gebeurd door art. 138 Wet 6 juli 2017 houdende vereenvoudiging, harmonisering, informatisering en modernisering van bepalingen van burgerlijke recht en van burgerlijk procesrecht alsook van het notariaat, en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *BS* 24 juli 2017.

³⁸¹⁴ Cass. 25 april 2003, AR C.01.0374.N. Zie over dat arrest ook I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 574 e.v., nr. 737. Tanghe heeft ervoor gepleit om in dergelijke gevallen een exceptie van gedeeltelijke nietigheid toe te laten en de verjaringsregeling zo te wijzigen dat een partij nog vernietiging kan vorderen wanneer een beroep in rechte op de overeenkomst (of een gedeelte ervan) wordt gedaan: zie T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging*

geoordeeld dat de handelshuurder niet verplicht is eerst de nietigverklaring te vorderen van het contractuele beding in strijd met art. 6 Handelshuurwet om een beroep te kunnen doen op de rechtsbescherming die dat wetsartikel hem verschaft. Daarmee is niet gezegd dat alle bedingen die strijdig zijn met wettelijke bepalingen noodzakelijkerwijze altijd van rechtswege nietig zijn: voor elke wettelijke bepaling zal moeten worden uitgemaakt of die het meest gebaat is bij een sanctie die van rechtswege uitwerking krijgt dan wel bij een sanctie waarop de beschermde partij zich uitdrukkelijk (en tijdig) moet beroepen om de geboden bescherming te kunnen genieten.³⁸¹⁵ Tot slot zijn er al wettelijke bepalingen die een van rechtswege werkende nietigheid erkennen.³⁸¹⁶ De vraag rijst dan ook waarom het gerechtelijk karakter van de nietigheid verankerd moest worden in Boek 5.

837. Een laatste discussiepunt in verband met de gedeeltelijke nietigverklaring betreft de rol van de rechter. Kan een rechter een gedeeltelijke nietigverklaring uitspreken als partijen slechts uitdrukkelijk een volledige nietigverklaring hebben gevorderd en uitdrukkelijk hebben aangegeven géén gedeeltelijke nietigverklaring te willen? In een arrest van 9 september 2019³⁸¹⁷ heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat de rechter die zulks doet, het beschikkingsbeginsel niet schendt. Het betrof overmatige niet-afwervings- en niet-concurrentiebedingen, waarbij de appelrechters onder meer hadden vastgesteld dat uit de tussen partijen gesloten overeenkomst volgde dat de rechter die bedingen ingeval van nietigheid slechts partieel moest vernietigen. De eiser vorderde expliciet enkel de gehele nietigheid van die bedingen; de verweerster was van mening dat die bedingen geheel geldig waren en dat de vordering van de eiser, gelet op de expliciete uitsluiting van een gedeeltelijke nietigheid, in haar geheel moest worden afgewezen. Het oordeel van het Hof in deze zaak verdient bijval en zelfs uitbreiding naar gevallen waarin het om een relatieve nietigheidsgrond zou gaan. Cruciaal daarbij is de aard van de vordering tot nietigverklaring: daarmee streeft een eiser géén doen of nalaten na (zoals dat wel het geval is bij een vordering tot nakoming of tot restitutie), maar slechts een opheldering over de waarde van de betwiste rechtshandeling.³⁸¹⁸ Oordelen van rechters over de (on)geldigheid van bedingen en overeenkomsten zijn vaak³⁸¹⁹ geen doel op zich, maar slechts noodzakelijke tussenstappen om vorderingen tot een doen of nalaten te kunnen beoordelen. Of een beding al dan niet geheel nietig is, hangt daardoor niet af van het gevolg dat partijen feitelijk nastreven of de aanspraken die ze ten gelde proberen te maken, maar slechts van hun rechtmatige belangen (of van hun gerechtvaardigde belangen en verwachtingen, zo men wil). Als die rechtmatige belangen het meest gediend zijn bij een gedeeltelijke nietigverklaring, dan kan de rechter niet anders dan die uitspreken (voor zover een dergelijke uitspraak noodzakelijk is om een oordeel te vellen over de aanspraken die partijen proberen ten gelde te maken). Daar anders over oordelen en alsnog de gehele nietigverklaring uitspreken zou namelijk in strijd zijn met de bindende kracht van de overeenkomst (art. 1134, derde lid oud BW en art. 5.69 BW). In dit geval zouden de appelrechters immers het deelbaarheidsbeding, zonder instemming van de verweerster³⁸²⁰, onterecht negeren. De

van overeenkomsten, Antwerpen, Intersentia, 2015, 293 e.v., nr. 293 en T. TANGHE, “Rit langs de drie gerechtelijke wegen bij aantasting van een overeenkomst door een nietigheidsgrond”, *TPR* 2012, (705) 719 e.v. en 754-755. Het lijkt niet alleen eenvoudiger (en om die reden alleen al wenselijker) om een automatisch werkende nietigheid te erkennen, de suggesties van Tanghe lijken bovendien niet in staat om tegemoet te komen aan de behoefte aan rechtsbescherming in verstekzaken.

³⁸¹⁵ Zie daarover uitgebreider, met voorbeelden, F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 520 e.v., nrs. 575 en 576.

³⁸¹⁶ Zie bv. art. 12, derde lid Wet 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen, *BS* 1 december 2013. Dat lid luidt: “Is van rechtswege nietig, ieder schadebeding, ongeacht de wijze van formulering, dat rechtstreeks of onrechtstreeks een bijkomende vergoeding voor de kredietgever vaststelt ingeval van vervroegde terugbetaling bovenop de vergoeding als voorzien in artikel 9, §§ 2 en 3.” De parlementaire voorbereidingsstukken benadrukken dat die sanctie geen enkele voorafgaande tussenkomst van de rechter behoeft: “Deze nietigheid treedt automatisch in, het intreden ervan vereist geen tussenkomst van de rechter.” (Memorie van toelichting bij wetsontwerp betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, 22).

³⁸¹⁷ AR C.18.0521.N, met andersluidende conclusie van advocaat-generaal Vanderlinden.

³⁸¹⁸ Dat is overigens het geval bij zowel relatieve als absolute nietigheden.

³⁸¹⁹ Maar niet altijd, bv. niet wanneer de vordering tot nietigverklaring een (zelfstandige) vaststellingsvordering op grond van art. 18, tweede lid Ger.W. is: zie *supra*, nr. 703.

³⁸²⁰ Een uitzondering is natuurlijk wanneer de feitenrechter tot de conclusie komt dat partijen naderhand een andersluidend akkoord hebben gesloten.

rechtmatige belangen van de partijen, voor een zeer groot stuk ingekleurd door dergelijke deelbaarheidsbedingen, vormen dan ook een objectiefrechtelijke rechtsregel die zich aan de feitenrechter opdringt en die de feitenrechter heeft toe te passen, los van wat partijen feitelijk nastreven.

Daarmee is ook een antwoord gegeven op de vraag of de rechter een discretionaire bevoegdheid zou hebben bij het bepalen van de omvang van de nietigheid. Daar is geen ruimte voor: als de toepassingsvereisten voor een gedeeltelijke nietigverklaring voldaan zijn, dan is de rechter verplicht die uit te spreken. Daar anders over oordelen zou het contractuele evenwicht sterker aantasten dan nodig (en daarmee de bindende kracht van de overeenkomst schenden).³⁸²¹

§ 9. Contractuele regelingen

838. Partijen kunnen gebruik maken van hun contractvrijheid om diverse facetten van de nietigheid contractueel te regelen. Zij kunnen afspraken maken over onder meer de nietigheidsgronden, de omvang van de restitutieverbintenissen na nietigheid en de omvang van de nietigheidssanctie.

Zoals eender welke andere afspraak moeten die contractuele regelingen voldoen aan alle geldigheidsvereisten en in overeenstemming zijn met de toepasselijke regels van openbare orde of van (louter) dwingend recht. Meer in het bijzonder kan de doelstelling van een bepaalde dwingende norm zich verzetten tegen een bepaalde contractuele regeling. Dat wordt hieronder verder toegelicht.³⁸²²

839. Wat de nietigheidsgronden betreft, kunnen partijen bijvoorbeeld overeenkomen om een beroep op een nietigheidsgrond uit te sluiten. Meteen moet daarbij worden vermeld dat het bij de meeste nietigheidsgronden (zoals bedrog, dwang, gekwalificeerde benadeling) ongeoorloofd en in strijd met de openbare orde zal zijn om uit te sluiten dat een partij die gronden kan invoeren.³⁸²³ Omdat er bij ‘dwaling’ geen kwade trouw in het spel is en er geen andere goede reden is om de contractvrijheid in dit verband aan banden te leggen, is er in principe geen bezwaar dat partijen afspreken wie het dwalingsrisico draagt.³⁸²⁴

840. Hoewel niemand het principe betwist dat partijen in beginsel alle geleverde prestaties moeten teruggeven als de onderliggende afspraak nietig is, is het vaak veel moeilijker om de precieze omvang van die restitutieverbintenissen te bepalen. Het lot van waardeverminderingen en -vermeerderingen (al dan niet het gevolg van handelingen van de ontvanger van het goed), de vergoeding voor het genot dat de ontvanger in de tussentijd heeft gehad, de toebedelings

³⁸²¹ Zie F. PEERAER, “Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie” (noot onder Cass. 23 januari 2015), *RW* 2015-16, (1188) 1192; N. HALLEMESCH, “Matiging van concurrentiebedingen in het arbeidsrecht”, *NjW* 2018, (327) 328 e.v.; Concl. Vanderlinden bij Cass. 9 september 2019, ECLI:BE:CASS:2019:CONC.20190909.3; J. VAN MEERBEECK, “L’objet, la cause et la nullité” in R. JAFFERALI (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2022, (145) 175 e.v., nr. 59. Andere auteurs menen evenwel dat het om een facultatieve mogelijkheid voor de rechter gaat: zie bv. C. CAUFFMAN, “Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité?” (noot onder Cass. 23 maart 2006), *RCJB* 2007, (428) 435, nr. 18; P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen – Met focus op beëindiging*, Brugge, die Keure, 2012, 752-753, nr. 903; Y. NINANE en J.-F. GERMAIN, “Examen des mécanismes alternatifs à la nullité totale: nullité partielle, réduction et conversion” in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (eds.), *Les nullités en droit des contrats*, Limal, Anthemis, 2017, (197) 212, nr. 27; E. SWAENPOEL, *De contractpartijen door de rechter uitgekleed?*, Brussel, Larcier, 2014, 75, nr. 121; S. LAGASSE, “Un juge actif en cas de nullité partielle?” (noot onder Cass. 9 september 2019), *TBH* 2020, (514) 519, nr. 4.

³⁸²² De vraag in welke mate partijen afspraken kunnen maken over de uitoefeningsmethode (en of zij bijvoorbeeld een nietigverklaring op kennisgeving kunnen uitsluiten), is al aan bod gekomen: zie *supra*, nr. 702.

³⁸²³ Zie C. VON BAR, E. CLIVE en H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Full Edition*, s.l., 2009, 558 (‘Comments’ bij art. II.–7:215): “Fraud, coercion, threats and unfair exploitation are of such seriousness that a party should not be able to exclude or restrict liability; they are all forms of bad faith. Mistake does not involve bad faith and it is permissible to exclude or restrict remedies for mistake provided that the term doing so is consistent with good faith and fair dealing and not for instance, one which was hidden in small print or over which the party relying on it refused to negotiate.” Een dergelijke uitsluiting lijkt me ook ongeoorloofd te zijn m.b.t. handelingsbekwaamheid (de DCFR maakt daar geen melding van omdat dat project daar geen regeling over bevat).

³⁸²⁴ Zie B. DEMARSIN, “Clausules in verband met dwaling” in *Gemeenrechtelijke clausules*, I in *Contractuele clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (397) 455 e.v. en de talrijke verwijzingen daar. Zie ook art. II.–7:215 (2) DCFR: “Remedies for mistake may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing”. Zie ook F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 386 e.v., nr. 429. Zie over de contractuele regeling van het dwalingsrisico ook *supra*, Deel II, Hoofdstuk VI, Afdeling 1, § 3, C, 3.

van de vruchten die het goed in de tussentijd heeft opgeleverd ... kunnen stuk voor stuk voor discussie zorgen.³⁸²⁵

Partijen die daar meer duidelijkheid over wensen, kunnen daar dan ook in principe³⁸²⁶ geldige afspraken over maken. Sommige wettelijke bepalingen sluiten evenwel uit dat partijen die omvang zelf vastleggen. Zo bepaalt art. 5.124 BW dat de onbekwame slechts gehouden is tot restitutie voor zover hij voordeel heeft gehaald uit de prestaties verkregen op grond van het nietige contract.³⁸²⁷ In overeenkomsten tussen ondernemingen en consumenten³⁸²⁸ moet men bijvoorbeeld rekening houden met art. I.8, 22° *juncto* art. VI.84 WER. Op basis van die artikelen mogen ook restitutiebedingen in dergelijke overeenkomsten geen kennelijk onevenwicht scheppen tussen de rechten en de plichten van de partijen ten nadele van de consument.³⁸²⁹ Meer algemeen mogen dergelijke bedingen niet indruisen tegen de doelstelling van de norm die de nietigheid voorschrijft. Baeck meent terecht dat partijen niet (vooraf)³⁸³⁰ mogen overeenkomen dat de nietigheid van een overeenkomst wegens bedrog er niet toe leidt dat de beschermde partij geen (of slechts gedeeltelijk) aanspraak kan maken op restitutie van hetgeen zij heeft gepresteerd. Een andere algemene beperking is dat bedingen die het recht op restitutie uitsluiten of beperken, in bepaalde gevallen kunnen worden gekwalificeerd als schadebedingen. Als dat inderdaad het geval is, kunnen zij worden gematigd als het bedrag dat de wederpartij mag behouden (en dus niet moet teruggeven) kennelijk onredelijk is (art. 5.88 BW).³⁸³¹

841. De meest gebruikelijke bedingen over nietigheid hebben te maken met haar omvang.³⁸³² Wanneer (de doelstelling van) een dwingende norm geen bijzondere uitkomst oplegt, dan is het partijen toegelaten om zelf afspraken te maken over de omvang van de nietigheid. Zij kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat de nietigheid van één enkel beding geen invloed heeft op de rest van de overeenkomst ('deelbaarheidsbeding') of, omgekeerd, dat het beding dat aangetast is door een nietigheidsgrond, een ondeelbaar geheel vormt met de rest van de overeenkomst, zodat de nietigheid de gehele overeenkomst treft ('ondeelbaarheidsbeding').³⁸³³ Zelfs als het normdoel zich daar niet tegen verzet, kan een dergelijk beding niet in alle omstandigheden uitwerking krijgen.³⁸³⁴ Zo is het mogelijk dat de interpretatie van de overeenkomst uitwijst dat de uitwerking van het beding bij nader inzien toch niet in overeenstemming is met de gemeenschappelijke bedoelingen van partijen (art. 5.64, eerste lid BW). Daarnaast is het niet uitgesloten dat de nietigheid het voortbestaan van de overeenkomst hoe dan ook

³⁸²⁵ Zie daarover F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 615 e.v., 640 e.v. en 665 e.v.

³⁸²⁶ Baeck wijst er terecht op dat het niet uitgesloten is dat een dergelijke afspraak aangetast is door dezelfde nietigheidsgrond als de onderliggende overeenkomst: J. BAECK, "Restitutieclausules" in *Gemeenrechtelijke clausules*, II, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1591) 1598.

³⁸²⁷ Voor de inwerkingtreding van Boek 5 werd art. 1312 oud BW ook in die zin geïnterpreteerd: zie bv. J. BAECK, "Restitutieclausules" in *Gemeenrechtelijke clausules*, II in *Contractuele clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1591) 1598.

³⁸²⁸ Wat restitutiebedingen in overeenkomsten tussen ondernemingen betreft, moet men ook rekening houden met art. VI.91/3 en VI.91/6 WER, die ingevoegd zijn door respectievelijk art. 16 en 19 wet 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, BS 24 mei 2019. Inhoudelijk stemmen de vermelde artikelen overeen met art. I.8, 22° en VI.84 WER.

³⁸²⁹ *Ibid.*

³⁸³⁰ Eens de beschermde partij zich in de beoogde beschermingstoestand bevindt, kan zij afstand doen van het recht om de nietigheid in te roepen: zie over de bevestiging *supra*, § 6.

³⁸³¹ Zie J. BAECK, "Restitutieclausules" in *Gemeenrechtelijke clausules*, II in *Contractuele clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1591) 1599.

³⁸³² In de doctrine heeft de term 'nietigheidsclausule' bv. slechts betrekking op de bedingen die de omvang van de nietigheid regelen.

³⁸³³ Zie over dergelijke bedingen ook F. WALSHOT, "Nietigheidsclausules" in CBR (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (147) 147 e.v.; J. BAECK, "Nietigheidsclausules" in *Gemeenrechtelijke clausules*, II in *Contractuele clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1577) 1577 e.v.; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 253 e.v., nr. 246 e.v.

³⁸³⁴ Zie hierover J. BAECK, "Nietigheidsclausules" in *Gemeenrechtelijke clausules*, II, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1577) 1585 e.v.; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 714 e.v., nr. 311 e.v.; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 253 e.v., nr. 247 e.v.

ondenkbaar maakt, bv. omdat een essentieel bestanddeel verdwijnt. Tot slot is een beroep op het beding ook vatbaar voor rechtsmisbruik.

In de praktijk worden dergelijke clausules vaak ruim omschreven, zodat eender welke vorm van ‘onafdwingbaarheid’ eronder valt. Een dergelijke ruime omschrijving van het voorwerp van het beding is zeker in internationale overeenkomsten nuttig, aangezien de nietigheidssanctie niet in elk rechtsstelsel op dezelfde wijze wordt afgebakend ten opzichte van andere rechtsfiguren. Het verdient aanbeveling om in dergelijke clausules ook te bepalen hoe de ontstane leemte opgevuld dient te worden.³⁸³⁵ Regelmatig verduidelijkt men dat de partijen te goeder trouw gedurende een welbepaalde termijn zullen onderhandelen om het nietige beding te vervangen door een ander, wel geldig beding dat de doelstelling die partijen met het nietige beding hebben nagestreefd, zoveel mogelijk verwezenlijkt. Het is van groot belang om te bepalen wat er gebeurt als die onderhandelingen na afloop van die termijn geen resultaat hebben opgeleverd. Men kan er bijvoorbeeld voor opteren om partijen in dat geval het recht te geven de overeenkomst onder bepaalde voorwaarden op te zeggen, maar ook om de rechter de bevoegdheid te geven om vast te stellen welk beding het meest strookt met de initiële bedoelingen van de partijen.³⁸³⁶

³⁸³⁵ Zie T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 256 e.v., nr. 252.

³⁸³⁶ Voor concrete voorbeelden van clausules zie F. WALSCHOT, “Nietigheidsclausules” in CBR (ed.), *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, (147) 147 e.v.; J. BAECK, “Nietigheidsclausules” in *Gemeenrechtelijke clausules*, II in *Contractuele clausules*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (1577) 1577 e.v.