

De botsing der systemen in het Belgische verbintenissenrecht.

Naar een structurele analyse voor de 'goede trouw'.

Wilfried Wilms

1. Een spook waart door het verbintenissenrecht : het spook van de goede trouw(1). In zijn kielzog worden een aantal nieuwe rechtstermen in het verbintenissenrecht geïntroduceerd, zoals *vertrouwensrelatie*, *marginale toetsing*, *culpa in contrahendo*, enz... De Belgische rechtswereld blijkt er met moeite in te slagen deze begrippen in het traditionele systeem van verbintenissenrecht te integreren. Hierbij wordt echter uit het oog verloren dat dit nieuwe begrippenarsenaal wordt omkaderd door een nieuwe visie op het verbintenissenrecht, die op fundamentele wijze afwijkt van de traditionele. Eén en ander heeft onvermijdelijk een botsing der systemen tot gevolg.

AFDELING 1. ANALYSE VAN DE SYSTEMEN

§ 1. Het systeem van de wilsautonomie

2. Het klassieke systeem van verbintenissenrecht berust op het beginsel der wilsautonomie. Niet alle verhoudingen tussen particulieren worden uitsluitend geregeld door de wet. Op bepaalde gebieden en met het nodige voorbehoud, laat de rechtsorde de particulieren toe hun onderlinge verhoudingen zelf te regelen door middel van een rechtshandeling, d.i. een rechtsgevolg bepalende wilsuiting(2). De *wil* van de particulieren is dus een zelfstandige bron van recht.

Uit dit beginsel van de wilsautonomie worden traditioneel de volgende basisbeginselen inzake contractenrecht afgeleid : de contractsvrijheid ; de verbindende kracht van de overeenkomst ; en het consensualisme.

Contractsvrijheid betekent vooreerst dat men vrij is om al dan niet contractuele rechtsbetrekkingen aan te knopen. Dit houdt meteen in dat men vrij is zijn toestemming m.b.t. een overeenkomst te weigeren, zolang men niet akkoord is met alle clausules die de inhoud ervan vormen. Dit uitgangspunt berust op een zeer optimistische visie over de vrijheid en gelijkheid der burgers. In de dagelijkse praktijk is de mogelijkheid om met de wederpartij over de contractsvoorwaarden te discussiëren inderdaad

(1) Vrij naar K. Marx & F. Engels, *Het communistisch manifest*, Amsterdam, 1948, 43.

(2) W. Van Gerven, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen Deel*, Antwerpen — Utrecht 1969, nr. 26.

vaak uiterst theoretisch (cfr. de problematiek der standaardcontracten). Contractsvrijheid betekent vervolgens dat de contractspartijen vrij zijn om de inhoud van hun overeenkomst te regelen. Zelfs wanneer er een wettelijke regeling bestaat, laat de wet in bepaalde gevallen toe die regeling geheel of gedeeltelijk terzijde te schuiven. Deze vrijheid is echter niet absoluut, doch wordt begrensd door art. 6 B.W.: van dwingende wetten en de openbare orde mag niet worden afgeweken (3).

De overeenkomst heeft een verbindende kracht. Zij strekt de partijen tot wet (art. 1134 B.W., 1^o). De partijen zijn erdoor gebonden. Ook de rechter moet de overeenkomst eerbiedigen, zelfs al vindt hij sommige contractuele bedingen onbillijk. Hoogstens kan hij een beroep doen op de contractuele aansprakelijkheidsregeling om toezicht uit te oefenen op de wijze waarop de contractspartijen hun conventionele verbintenissen hebben uitgevoerd.

Het beginsel van het *consensualisme*, tenslotte, betekent dat contractuele verbintenissen ontstaan door de loutere wilsovereenstemming, zonder dat bepaalde vormen moeten nageleefd worden. (4)

§ 2. De legalistische benadering

3. De wilsautonomie berust derhalve op het *wilsdogma*, d.i. op een bij wijze van dogma aanvaard uitgangspunt dat de wil van de handelende de basis van de rechtshandeling vormt, en de wilsovereenstemming de grondslag van de overeenkomst (5).

De wil is echter een psychisch verschijnsel, dat niet voor uiterlijke waarneming vatbaar is. Dit levert in de praktijk uiteraard moeilijkheden op, omdat de vaststelling van de wil noodzakelijkerwijze moet gebeuren via de uiterlijke verschijning van de wil. Via de uitwendige manifestatievormen moet men dus trachten een beeld te verkrijgen van wat, naar alle waarschijnlijkheid, de reële wil van de partijen was op het ogenblik van de contractsluiting (6).

De *schijnleer* werd ter hulp geroepen om een oplossing te vinden in die gevallen waarin de wilsverklaring onopzettelijk niet bleek overeen te stemmen met de werkelijke wil. Aldus ontstond de *verklaringstheorie* in het contractenrecht: niet elke verklaring doet een overeenkomst ontstaan, doch enkel de verklaring die in concreto bij de wederpartij de feitelijke schijn wekt dat zij ook werkelijk is gewild (7).

De wilsautonomie bleef hierbij grotendeels onaangetast. Slechts in de

(3) W. Van Gerven, *ibidem*.

(4) Het loslaten van de formaliteitsvereisten gaf aanleiding tot de invoering van de *causa*-vereiste. Zie in dit verband J. Limpens, *De wording van het contract*, Brussel 1970.

(5) Zie J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer 1971, 8.

(6) J.M. van Dunné, *o.c.*, zie noot 5, 8-9.

(7) Zie o.a. W. van Gerven, *o.c.*, zie noot 2, nr. 103; — J. Limpens, «Rechtsvergelijkende aantekeningen over wil en wilsverklaring», *Liber Amicorum L. Fredericq*, II, Gent, 1966, 679.

zeldzame gevallen waarin de werkelijke wil en de verklaarde wil niet met elkaar overeenstemmen, moet de wilsautonomie wijken (8).

De schijnleer werd ook in de sector van de onrechtmatige daad toegepast om het feitelijk vertrouwen van derden te beschermen (9).

Op het vlak van het foutbegrip, leidde de legalistische benadering tot een *objectivering* (10). Een fout is niet alleen aanwezig wanneer intentioneel schade wordt berokkend, doch ook wanneer de dader, objectief beschouwd, had moeten weten dat zijn handeling schade zou veroorzaken. Deze objectiveringstendens voltrok zich echter niet volledig in het contractenrecht. In de leer der wilsgebreken blijft de intentie een centrale rol spelen. De «goede trouw» van art. 1134, 3^o B.W. wordt verder op een subjectieve wijze geïnterpreteerd.

Samenvattend kan gesteld worden dat het Cartesianisme van de leer der wilsautonomie met een fenomenologische saus werd overgoten. De wortels van het legalistische denken bleven onaangetaast. Nochtans was de *relativering* die aldus werd aangebracht niet te onderschatten. In de legalistische analyse werd de overeenkomst en de onrechtmatige daad als *rechtsverhoudingen* gekenmerkt, d.i. als relaties tot de anderen die beheerst worden door het recht (11). De overeenkomst berustte niet meer op de wilsautonomie maar op de *partij-autonomie* (12). De totstandkoming van de overeenkomst vereist een samenwerking der partijen. De theorie inzake aanbod en aanvaarding kwam de leer der wilsgebreken aanvullen. Op het domein van de burgerlijke aansprakelijkheid werd ruimte creëerd voor een rechtmatigheidscontrole naast een wetmatigheidscontrole. Verder leidde deze verandering van instelling ertoe dat eveneens aandacht werd besteed aan de houding van de medecontractant en van het slachtoffer der onrechtmatige daad.

§ 3. Het functionele systeem

4. De functionele analyse betekent de doodsteek voor het legalisme. De grondslagen van het functionele systeem van verbintenissenrecht werden in Nederland voornamelijk blootgelegd door Van Dunne (13).

Zoals deze auteur aantoont liggen de wortels van het functionele systeem van verbintenissenrecht in de *vertrouwensleer* die in de tweede helft van de negentiende eeuw ontwikkeld werd. De vertrouwensleer is op fun-

(8) W. van Gerven, *Ibidem*; — J. Limpens, *ibidem*.

(9) W. van Gerven, *o.c.*, zie noot 2, nr. 78.

(10) Zie in dit verband H.G. Schut, «Objectivering en subjectivering in het privaatrecht», *Non Sine Causa*, Zwolle, 1979, 395.

(11) Vgl. Van Dunné, *o.c.*, zie noot 5, 181 e.a.

(12) Vgl. de Engelse uitdrukking «*party-autonomy*» die in de Common Law gebruikt wordt als synoniem van wilsautonomie.

(13) J.M. van Dunné, *o.c.*, zie noot 5.

damentele wijze verschillend van de juist besproken schijnleer. Bij de aanwending van de vertrouwensleer is de vraag niet welke *bedoeling* aan de medecontractant mocht toegerekend worden, gelet op de omstandigheden waarin deze zijn wil heeft geuit. De absolute rol die in het legalistische systeem aan de wil toekomt, wordt door de functionele opvatting als Cartesiaans verworpen. In dit systeem wordt de overeenkomst immers niet gezien als een wilsovereenstemming, doch wel als een *vertrouwensrelatie* (14). De wil van de contractspartijen verliest in deze optiek aan belang. Waar het op aankomt is te weten welk *gedragspatroon* de ene contractant van de andere mocht verwachten naar *beginselen van goede trouw* (15). Centraal staat m.a.w. de *behoorlijkheidscontrole*. In de functionele opvatting wordt deze toetsing aan de behoorlijkheidsnorm uitgeoefend via de vertrouwensleer. De vertrouwensleer beschermt in casu echter niet het feitelijk vertrouwen van de medecontractant, doch wel het vertrouwen naar beginselen van goede trouw. De vertrouwensleer wordt m.a.w. op een *normatieve* wijze gehanteerd (16).

5. De vertrouwensleer is het uitgangspunt van het functionele systeem van verbintenissenrecht, en wordt als dusdanig op *alle* rechtsverhoudingen toegepast. Steeds wordt afgevraagd of het gedragspatroon dat gevolgd werd, *in concreto* naar beginselen van goede trouw mocht verwacht worden van de wederpartij. De functionele opvatting vraagt zich m.a.w. niet af wat A of B in dezelfde omstandigheden mochten doen, doch eerder welke houding de tegenpartij in overeenstemming met de beginselen van goede trouw van A of B mocht verwachten. Het standpunt van waaruit de behoorlijkheidscontrole wordt uitgeoefend is derhalve verschillend. Dit heeft niet alleen belangrijke praktische consequenties. Het betekent tevens een copernicaanse *wending* in het verbintenissenrecht, zoals Van Dunne terecht heeft opgemerkt (17). In plaats van de individuele mens wordt de maatschappij als middelpunt van het rechtsdenken geschoven.

6. Wat de sector van de onrechtmatige daad betreft, is deze wending in het Belgische recht reeds voltrokken. Sinds lang heerst er inderdaad een consensus over een normatieve interpretatie van art. 1382-83 B.W., waarbij, naast de rechtmatigheid, ook de zorgvuldigheid van de gedragsuitoefening wordt getoetst. Men mag echter niet vergeten dat het legalisme in de twintiger jaren een heropflakkering kende. Door procureur-generaal Leclercq werd immers voorgesteld om elke schending van een recht (bv.

(14) Vgl. J.M. van Dunné, *o.c.*, zie noot 5, 182.

(15) Zie over de «goede trouw» o.m. F. Baert, «De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomsten», *R.W.*, 1956-57, 489; — P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, Kluwer, 1972; — W. van der Grinten, «Handelen te goeder trouw», *Opstellen over recht en rechtsgeschiedenis*, Deventer, 1965, 155.

(16) Cfr. de titel van het werk van van Dunné, *o.c.* zie noot 5.

(17) J.M. van Dunné, *o.c.*, zie noot 5, 307.

het recht op fysieke integriteit) door art. 1382-83 B.W. te laten sanctioneren (18). Vanuit een rechtstheoretisch standpunt betekent dit een stap terug in het legalisme waarvan de functionele opvatting het traditionele aansprakelijkheidsrecht had weten te bevrijden.

7. In het contractenrecht werden pogingen ondernomen om het systeem verder open te breken (19). De bindende kracht van de overeenkomst werd gerelativeerd. Men benadrukte dat de rechter in sommige gevallen een *beleidsruimte* moet gelaten worden (20). De zorgvuldigheidstoetsing kan in het contractenrecht echter niet op een integrale wijze gebeuren, omdat men anders vreest de bindende kracht van de overeenkomst tussen partijen aan te tasten. Aldus ontstond de *theorie van de marginale toetsing* (21).

In het Belgische contractenrecht is deze normatieve interpretatie nog niet volledig doorgedrongen. In de plaats daarvan werd de theorie inzake aanbod en aanvaarding 'verfijnd': het aanbod is slechts volledig als het alle essentiële en substantiële elementen van de overeenkomst omvat (22). De theorie inzake rechtsmisbruik werd in het contractenrecht geïntroduceerd (23) (24).

§ 4. De structurele benadering

8. De structurele benadering van het verbintenissenrecht (25) bouwt ver-

(18) Leclercq, «Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton commet-il un acte illicite?»; *R.G.A.R.* 1927, nr. 164.

(19) Vgl. A. Pitlo, «De ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad», *T.P.R.*, 1973, 163.

(20) Cfr. W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen — Zwolle, 1974.

(21) Zie hierover o.a. J. Ronse, «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, 207; — J. Depuydt, «Marginale toetsing of de rechter als grensrechter», *Jura Falconis*, 1974-75, 435. — P. Borst, «Problemen en perspectieven van marginale toetsing», *W.P.N.R.* 1969, nrs. 5024-5026; — W. van der Grinten, «Marginale toetsing», *Op de grenzen van komend recht*, Deventer 1969, 109; — G.J. Wiarda, «De rechter tegenover vage rechtsnormen» *R.W.*, 1973-74, 177.

(22) Voor meer details, zie o.a. W. Wilms, «Het recht op informatie in het verbintenissenrecht» (te verschijnen in *R.W.*, 1980-81), nr. 4.

(23) Zie hierover o.m. W. Van Gerven, *o.c.*, zie noot 2, nrs. 63-73; — A. De Bersaques, «L'abus de droit en matière contractuelle», *R.Crit.J.B.*, 1969, 501; — P. Van Ommeslaghe, «Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi», *R.Crit.J.B.* 1976, 303; — F. Vanneste, «Misbruik van recht», *T.P.R.*, 1967, 339; zie ook W. Van Gerven, «Variaties op het thema misbruik», *R.W.*, 1979-80, 2467; *W.P.N.R.*, 1980, 62; — J. Limpens & R. Kruithof, «Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip rechtsmisbruik», *Recht in beweging*, I, Deurne, 1973, 655.

(24) Voor een overzicht van de huidige stand van zaken zie o.a. J. Renauld, «L'équité en droit belge, Rapports belges au VIIIe congrès international de droit comparé», Brussel, 1970, 61.

(25) Voor een uiteenzetting over de structurele rechtstheorie zie J.M. Broekman, «Rechtsvinding», *Een boek van hen voor ons (Lustrumboek Jura Falconis)*, 1974, 39; — Over het structuralisme zie o.a. J.M. Broekman, *Strukturalisme Moskou-Praag-Parijs*, Amsterdam, 1973.

der op de bouwstenen die door de functionele rechtsopvatting werden gelegd. De overeenkomst wordt ook in een structurele analyse als een vertrouwensrelatie gekenmerkt. De structurele benadering beklemtoont hierbij echter dat het gaat om een *bijzondere vertrouwensrelatie*. Als dusdanig moet deze vertrouwensrelatie duidelijk onderscheiden worden van wat een 'normale' vertrouwensrelatie kan genoemd worden. In een normale vertrouwensrelatie geschiedt de behoorlijkheidscontrole aan de hand van art. 1382-83 B.W. Onbehoorlijk is dan elke gedraging die indruist tegen een wettelijke norm of tegen de zorgvuldigheid die in een dergelijke rechtsverhouding mag worden verlangd. Wanneer men echter geconfronteerd wordt met een *vertrouwensrelatie tussen partijen*, d.i. dus een bijzondere vertrouwensrelatie, moet de zorgvuldigheidsnorm op een bijzondere wijze gehanteerd worden (26).

Anderzijds beklemtoont ook de structurele benadering het beleidskarakter van de rechterlijke beslissing. Bij *elke* zorgvuldigheidsappreciatie wordt een beleid gevoerd. In deze zin is recht spreken een geëngageerde activiteit. Hieraan wordt echter toegevoegd dat de toetsing aan de beginselen van de goede trouw niet geschiedt naar de subjectieve willekeur van de rechter. Zijn beslissing moet steunen op een algemene rechtsovertuiging. Niet de rechter, maar de maatschappij staat centraal in het rechtsvindingsproces. Aldus wordt het beleid van de rechter in belangrijke mate gerelativeerd (27).

9. De overeenkomst is uiteraard niet de enige rechtsverhouding die een bijzonder karakter vertoont. Het huwelijk vormt een andere illustratie van een bijzondere vertrouwensrelatie. In het kader van de wilsautonomie wordt hierbij opgemerkt dat het huwelijk eerder een *instelling* is in plaats van een overeenkomst (28). Hiermee wordt voornamelijk benadrukt dat de wederzijdse rechten en plichten der echtgenoten op een gedetailleerde wijze in de wet worden geregeld, zodat de ruimte die aan de wil wordt toegemeten, gering is. De functionele opvatting ontkent dit niet, maar vindt deze bemerking weinig relevant. Van belang is te weten welk gedragspatroon de huwelijkspartners in hun relatie van elkaar mogen verwachten. En in dit opzicht moet opgemerkt dat de wederzijdse huwelijksplichten in het B.W. veelal op een open wijze worden geformuleerd (plicht tot trouw, bijstand...). Er wordt m.a.w., net zoals bij de toepassing van art. 1382-83 B.W. een beleidsruimte gelaten aan de rechter, die de concrete draagwijdte van deze verplichtingen zelf normatief vervult. De wettelijke grondslag voor het voeren van zijn beleid vindt hij in dit kader voornamelijk in de 'grove beledigingen', waarvan sprake in art. 231 B.W. In de vertrouwensrelatie tussen gehuwden wordt de behoorlijkheids-

(26) In dezelfde zin, J.M. Van Dunné, *o.c.*, zie noot 5, 216 e.v.

(27) Vgl. J.M. Van Dunné, *o.c.*, zie noot 5, 439 e.v.

(28) W. Van Gerven, *o.c.*, zie noot 2, nr. 99.

controle dus in belangrijke mate doorgevoerd via het begrip 'grove beledigingen'.

De structurele benadering gaat akkoord met deze analyse. Hieraan wordt echter toegevoegd dat de rechter zich bij deze normatieve zorgvuldigheidstoetsing laat leiden door wat naar de maatschappelijke overtuiging als zorgvuldig gedrag in de onderlinge relatie tussen gehuwden wordt beschouwd. Daarnaast wordt opgemerkt dat het optreden van de rechter in deze rechtsverhouding zeer ingrijpend is. Bij de behoorlijkheidstoetsing wordt er niet voor teruggedeinsd de intimiteitssfeer van het gezin te doorbreken en in het onderzoek te betrekken. De sancties die worden gehanteerd zijn overigens zeer verscheiden en soms zeer verregaand. Uit de huwelijksrelatie kan een gezin ontstaan. De behoorlijkheidstoetsing moet met de eigen kenmerken van deze meer-partijenrelatie rekening houden (29).

10. Een bijzondere vertrouwensrelatie impliceert dat de zorgvuldigheidsappreciatie op een strengere, en vaak ook op een andere wijze wordt doorgevoerd dan dit in het raam van de normale vertrouwensrelatie het geval is. Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van de bijzondere rechtsverhouding die bestaat tussen buren. Aanvankelijk werd de behoorlijkheidscontrole in deze partijenrelatie doorgevoerd via het zakenrecht. Wat later werden de beginselen vervat in art. 1382-83 B.W. ter hulp geroepen, m.a.w., de beginselen die gelden voor de normale vertrouwensrelatie. Slechts stilaan beseftte men dat het in de verhouding tussen buren niet voldoende is het gedragspatroon te toetsen aan de normale zorgvuldigheid. Aldus ontstond de theorie van de burenhinder (30): wie het evenwicht in de relatie van nabuurschap verstoort, is er toe gehouden de overlast te vergoeden die erdoor wordt berokkend. Het enige zaligmakende criterium voor de verschuiving van de schade in de naburenrelatie is derhalve niet meer het foutbegrip, verwoord in art. 1382-83 B.W. Daarnaast wordt via het verbroken evenwicht een bijzondere zorgvuldigheidstoetsing doorgevoerd. Tegen deze doctrine rees weinig protest, omdat ze wortelde in de algemene rechtsovertuiging.

11. De inhoud van de goede trouw, d.i. de behoorlijkheidscontrole, is verschillend naargelang de rechtsverhouding waarmee men wordt geconfronteerd. De goede trouw streeft er inderdaad naar de eigen kenmerken van elke bijzondere rechtsverhouding tot hun recht — en Het Recht — te laten komen.

De totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst veronderstelt een geest van samenwerking en loyaliteit tussen de contractspartners. Zij

(29) Vgl. in deze context de beschouwingen van W. Van Gerven, *l.c.*, zie noot 23, *ibidem* 2475, resp. 65.

(30) Zie hierover o.m. R. Derine, F. Vanneste & H. Vandenberghe, *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht, Zakenrecht, Deel IA*, Antwerpen, 1974, 437.

mogen er m.a.w. op vertrouwen dat de medecontractant bij de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst mede oog heeft voor hun belangen, en, meer bepaald, dat de medecontractant de nodige zorgvuldigheid aan de dag legt in het streven om hun contractsdoel te verwezenlijken. De zorgvuldigheidstoetsing die wordt doorgevoerd tussen contractspartijen is dan ook verschillend van deze die in een normale vertrouwensrelatie via art. 1382-83 B.W. wordt uitgeoefend.

12. Dit laatste wordt door de Belgische rechtsleer veelal niet ten volle gerealiseerd. De doctrinale reacties op het cassatiearrest van 23 september 1977 vormen hiervan een illustratie.

Tijdens de voorbereidende besprekingen in verband met de overdracht van een handelszaak, had de overlater een boekhouding voorgelegd waarin, enerzijds, bepaalde passiva werden verzwegen, en, anderzijds, sommige activa te hoog waren geschat. De overlater betwistte niet dat hij bedrog had gepleegd, doch deed gelden dat de overnemer op een onverschoonbare wijze nalatig was geweest doordat hij o.a. verzuimd had zelf te verifiëren of bepaalde activa al dan niet overschat werden. Het Hof van Cassatie gaf toe dat de overnemer een onvoorzichtigheid, en zelfs een onverschoonbare nalatigheid had begaan. Hieraan werd echter toegevoegd dat deze omstandigheid niet tot gevolg kan hebben dat het bedrog van de overlater op zijn beurt zou verschoond worden, en geen aanleiding zou kunnen geven tot de vernietiging van de overeenkomst of tot schadevergoeding (31).

Wanneer er bedrog in het spel is, kan de nalatigheid van het slachtoffer door de medecontractant dus niet worden ingeroepen. Een vertrouwensrelatie impliceert immers precies dat, in de contractuele rechtsverhouding, de medecontractant, aan wie tijdens de precontractuele onderhandelingen inlichtingen worden verstrekt, er op mag vertrouwen dat deze inlichtingen met de waarheid overeenstemmen. Hij heeft dan ook niet de verplichting de juistheid ervan na te gaan. Indien men aan de medecontractant in dergelijke omstandigheden een eigen onderzoeksplicht wil opleggen ontkent men de karakteristieke werking van de goede trouw in de contractuele rechtsverhouding (32).

Ook in de normale rechtsverhouding wordt de onjuiste informatieverstrekking gesanctioneerd, met name door een verplichting tot schadevergoeding (33). Deze verplichting wordt echter gereduceerd indien de schadeverwekker een onzorgvuldig gedrag van de gelaedeerde kan aantonen.

(31) Cass., 23 september 1977, *Arr.Cass.*, 1977, 107, met conforme conclusie van Adv. Gen. Krings, *R.W.*, 1977-78, 933; *J.T.*, 1978, 362.

(32) Zie A. Van Oevelen, «Verbintenissenrecht (Gerechtigd jaar 1977-78)», *R.W.*, 1979-80, 163 (nrs. 16-18); — J. Matthijs, «Des effets de la négligence ou l'imprudence de la victime du dol», *R.Crit.J.B.*, 1980, 38.

(33) Zie W. Wilms, «Het recht op informatie in het verbintenissenrecht», (zie noot 22), nr. 13.

A fortiori moet deze schending van de plicht tot juiste informatieverstrekking op een strengere manier beoordeeld worden indien ze werd geschonden in een contractuele rechtsverhouding, vermits in een dergelijke vertrouwensrelatie de goede trouw een plicht tot samenwerking en loyaliteit oplegt. In een contractuele rechtsverhouding heeft de werking van de goede trouw tot gevolg dat de informatieverstrekker het recht ontzegd wordt te doen gelden dat zijn gesprekspartner een gebrek aan zorgvuldigheid heeft begaan door in zijn verklaringen te vertrouwen.

13. De heropening door H. Vandenberghe (34) van het debat rondom de *culpa levis* of de *culpa levissima* als criterium van art. 1382-83 B. W., is in dit opzicht bijzonder relevant.

Ter beoordeling van het gedrag van de schadeverwekker wordt een vergelijking gemaakt van het type-gedrag van de 'zorgzame en omzichtige burger' in dezelfde omstandigheden, dat wil dus zeggen — in termen van de structurele benadering — in dezelfde vertrouwensrelatie (35). Deze structurele visie wordt door Vandenberghe echter volkomen in termen van het legalisme verwoord. De aandacht wordt geconcentreerd rond de *culpa*. De volkomen pertinente opmerking dat rekening moet gehouden worden met de eigen kenmerken van de vertrouwensrelatie, wordt door Vandenberghe verwoord door voorop te stellen dat bij de zorgvuldigheidsappreciatie de *culpa levis*, en niet de *culpa levissima* moet worden gehanteerd.

De schadeverwekker moet geplaatst worden in dezelfde vertrouwensrelatie. In een normale vertrouwensrelatie wordt hij hierbij in dezelfde externe omstandigheden geplaatst (36). Abstractie wordt dus gemaakt van de subjectieve, eigen kenmerken van de schadeverwekker (37). Maar in een partijenrelatie daarentegen moeten de interne omstandigheden wél in aanmerking genomen worden (38). De partijenrelatie is immers een bijzondere vertrouwensrelatie.

14. De goede trouw streeft ernaar de karakteristieken van elke vertrouwensrelatie tot hun recht te laten komen. De rechtsverhouding kan een gecompliceerd karakter vertonen omdat er meer dan twee partijen in het geding zijn. Dit bijzonder kenmerk van de rechtsverhouding moet dan in rekening worden gebracht.

(34) H. Vandenberghe, «Het aquiliaanse foutbegrip», *Onrechtmatige Daad, Actuele tendensen*, Antwerpen 1979, nr. 5.

(35) H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne, P. Hamelinck & W. Wilms, «Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige Daad (1964-78)», (te verschijnen in *T.P.R.* 1980, nr. 3), nr. 12; — H. Vandenberghe, *l.c.*, supra nr. 30, nr. 6°.

(36) Vgl. H. Vandenberghe, *l.c.*, zie noot 30; — zie ook H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne, P. Hamelinck & W. Wilms, *l.c.*, zie noot 31, nr. 12; — H. Vandenberghe, *l.c.*, zie noot 30, nr. 6.

(37) vgl. *ibidem*.

(38) Dat dit, volgens de Belgische rechtspraak, het geval is bij de beoordeling van de plicht tot informatieverstrekking die tussen contractanten bestaat werd o.a. aangetoond in W. Wilms, *l.c.*, zie noot 22.

Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van het cassatiearrest van 6 mei 1971 (39). Een familie had een terrein te koop gesteld. Een firma stelde een bijzonder belang in het perceel omdat ze, in tegenstelling tot de verkopende familie, ervan op de hoogte was dat in de ondergrond een belangrijke hoeveelheid kalk aanwezig was, zodat de waarde van het terrein hoger lag dan de verkopers konden vermoeden. Anderzijds vreesde de firma dat de verkopers lout zouden ruiken indien zij rechtstreeks met hen zouden onderhandelen, vermoedelijk omdat de hoofdactiviteit van de firma bestond in de ontginning van kalk (40). Vandaar dat het terrein via een stroman werd aangekocht. Toen de familie later de ware toedracht vernam, stelde zij een vordering in op basis van bedrog. Het Hof van Beroep wees de vordering echter af, en oordeelde dat de firma zich niet had schuldig gemaakt aan bedrog door de aankoop van het perceel via een stroman te laten geschieden. Zij had de plicht niet te wijzen op het bestaan van de kalklaag in de ondergrond, vermits de verkopers hiervan op de hoogte hadden moeten zijn. De dwaling waarvan de verkopers het slachtoffer werden vond haar oorzaak niet in het bedrog van de medecontractant, maar integendeel in hun eigen nalatigheid. Het Hof van Cassatie bevestigde deze visie.

Op grond van de aldus weergegeven samenvatting der feiten, kan ingestemd worden met de kritiek die Declerck-Goldfracht op dit arrest heeft geuit (41). Terecht onderstreept deze auteur dat de werking van de goede trouw een plicht tot samenwerking en loyaliteit tijdens de precontractuele fase veronderstelt (42). Tijdens de voorbereidende contractuele besprekingen bestaat er dan ook een zekere onthullingsverplichting (43). Maar daarom is de benadering van Declerck-Goldfracht nog niet structureel. Het is inderdaad kenschetsend dat deze auteur weinig aandacht besteedt aan het feit dat de verkopende familie uit het besproken arrest, vooraleer in onderhandelingen te treden, de waarde van het terrein had laten bepalen door een deskundige, ten einde een idee te krijgen van de verkoopprijs die kon gevraagd worden. De verkopende familie had het recht om geïnformeerd te worden over de aanwezigheid van kalk in de ondergrond. Maar de plicht de familie hierover in te lichten berustte, in het kader van een structurele benadering, *misschien* niet op de koper, doch wel op de geraadpleegde deskundige.

In de bijzondere rechtsverhouding tussen contractanten moet de draagwijdte van de plicht tot informatieverstrekking immers beoordeeld worden aan de hand van de informatie waarover de wederpartij *in concreto* beschikte, en verdwijnt de plicht om de wederpartij voor te lichten in de

(39) Cass., 6 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 881; *R. Crit. J.B.*, 1972, 244.

(40) Dit blijkt niet duidelijk uit het arrest.

(41) J. Declerck-Goldfracht, «Le dol dans la conclusion des conventions. L'article 1116 du Code Civil et les correctifs apportés aux conditions de cette disposition», *R. Crit. J.B.*, 1972, 250.

(42) *Ibidem* 259-260.

(43) W. Wilms, *l.c.*, zie noot 22, nrs. 15-17.

mate dat deze door een deskundige werd voorgelicht(44). Dit belet de wederpartij uiteraard niet de eventuele eigen aansprakelijkheid van de geraadpleegde deskundige in vraag te stellen(45)

Deze structurele benadering is verschillend van deze die verdedigd wordt door Declerck-Goldfracht. Terecht onderstreept deze auteur dat de rechter bij de beoordeling van de plicht tot informatieverstrekking in eerste instantie het gedragspatroon van de informatieverstrekker aan een zorgvuldigheidscontrole moet onderwerpen(46). Dit stemt overeen met de structurele visie: de plicht tot informatieverstrekking wordt gemeten aan het recht op informatie van de medecontractant. Maar anderzijds moet bemerkt worden dat, indien de contractuele rechtsverhouding een meerpartijen-relaties aan het licht brengt, de eigen kenmerken hiervan in rekening moeten gebracht worden.

15. Dit denken in partijrelaties is eerder ongebruikelijk in het Belgische recht. In Nederland heeft men daarin reeds meer ervaring verworven via de theorie der relatieve onrechtmatigheid, die bij de hantering van art. 1401 Ned. B.W. wordt toegepast(47).

In België is het echter de opvatting dat, in het kader van een normale vertrouwensrelatie(48), aan de kring van de aanspraakgerechtigden niet mag worden geraakt. De gedachte dat de inbreuk op een reglementaire norm slechts een fout uitmaakt t.o.v. degene wiens belangen door de overtreden norm wordt beschermd, wordt dan ook verworpen(49). De reglementaire norm moet tegenover iedereen geëerbiedigd worden. De wet creëert m.a.w. geen bijzondere behoorlijkheidscontrole in de sector van de onrechtmatige daad, net omdat art. 1382-83 B.W. betrekking hebben op de normale vertrouwensrelaties. Karakteristiek aan deze normale rechtsverhouding is m.a.w. dat de beginselen van goede trouw tegenover iedereen kunnen ingeroepen worden.

16. De aandacht voor de partijrelatie werd op het vlak van art. 1382-83 B.W. in het Belgische recht voornamelijk geïntroduceerd via de *leer der risico-aanvaarding* (50). Aan de hand van deze theorie wordt het gedragspatroon van het slachtoffer van de onrechtmatige daad getoetst aan het

(44) W. Wilms, *l.c.*, zie noot 22, nr. 11.

(45) *Ibidem*.

(46) J. Declerck-Goldfracht, *l.c.*, zie noot 37, 282.

(47) H. Drion, *Onrechtmatige Daad*, Deventer, I.D.

(48) In het kader van de contractuele rechtsverhouding wordt de theorie der relative onrechtmatigheid wél in België toegepast. Zie H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne, P. Hamelinck & W. Wilms, *l.c.*, zie noot 35 nr. 7.

(49) *Ibidem* — Zie ook H. Vandenberghe, *l.c.*, zie noot 34.

(50) Zie over deze theorie o.a. H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne, P. Hamelinck & W. Wilms, *l.c.*, zie noot 35, nrs. 37-48, A.J.O. van Wassenae, *Eigen Schuld*, Tjeenk-Willink 1971, 174 e.v.; — C.A. Streefkerk, «Risico-aanvaarding», *W.P.N.R.*, 1980, nrs. 5505 e.v.

verwachtingspatroon van de schadeverwekker. Niet alleen de daad van de *schadeverwekker* wordt aan een zorgvuldigheidscontrole onderworpen. Uit de omstandigheid dat het slachtoffer in deze verhouding de eisende partij is, mag m.a.w. niet worden afgeleid dat zijn handelswijze niet wordt getoetst aan de beginselen van goede trouw.

Tot een analoge theorie die in het contractenrecht op een systematische wijze het schuldeisersverzuim naar normen van behoorlijkheid beoordeelt, is men in België niet geraakt (51).

Nochtans kadert de risico-aanvaarding nog grotendeels in de leer der wilsautonomie. De referentie naar de toestemming van het slachtoffer, die in de term 'risico-aanvaarding' besloten ligt, is in dit opzicht bijzonder relevant. De gedachte dat bv. deelnemers aan sportwedstrijden onderling een overeenkomst sluiten waarbij ze elkaar vrijstellen voor fouten in de sportuitoefening begaan, past volkomen in het stramien van de ficties waarmee de leer der wilsautonomie zich tracht te behelpen. In deze zin betekent de 'risico-aanvaarding' in het raam van art. 1382-83 dan ook een stap terug in het legalisme.

Dit is meer dan een louter academische opmerking, die zonder belang zou zijn voor de praktijk. Het nemen van een risico wordt in het maatschappelijk verkeer doorgaans algemeen aanvaard. Ten einde de risico-aanvaardingsleer in overeenstemming te brengen met deze rechtsovertuiging, wordt betoogd dat enkel de aanvaarding van 'abnormale', 'evidente', 'uitzonderlijke' of 'zware' risico's een fout uitmaakt in de zin van art. 1382-83 (52). Op de vraag volgens welke criteria de 'abnormale' risico's dan wel moeten onderscheiden worden van de 'normale', blijft de leer der risico-aanvaarding echter het antwoord schuldig.

Door de introductie van de wilsautonomie wordt de zorgvuldigheidstoetsing naar de achtergrond verdrongen, ten voordele van de vrije wilstoestemming. Zolang de toestemming centraal wordt gesteld i.p.v. de gedragsuitoefening, is het inderdaad onmogelijk een behoorlijkheidscontrole te organiseren. Aldus wordt er aan voorbijgegaan dat risico-aanvaarding slechts relevant is in de mate dat het wijst op een onzorgvuldig gedrag, d.i. dus in de mate dat het slachtoffer de goede trouw schendt door zich in een gevaarlijke situatie te begeven. De vraag is m.a.w. niet of het risico zelf onverantwoord is, doch wel of het risico al dan niet op een 'verantwoorde' wijze werd tegemoet getreden, d.w.z. in overeenstemming met wat volgens de maatschappelijke overtuiging als behoorlijk wordt aanzien (53). De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is inderdaad een foutaansprakelijkheid. Indien iemand schade lijdt zonder dat

(51) Zie nochtans M. Storme, «Het schuldeisersverzuim. Proeve van rechtsvinding van Belgisch recht», *Op de grenzen van komend recht*, Deventer, 1969, 231.

(52) Zie de verwijzingen in H. Vandenberghé, M. Van Quickenborne, P. Hamelinck & W. Wilms, *l.c.*, zie noot 35, nr. 38.

(53) *Ibidem*, at nr. 44.

een ander een onrechtmatig of onzorgvuldig gedrag kan worden verweten, blijft het risico liggen waar het valt (54). Dit risico wordt naar beginselen van goede trouw slechts op de rug van een ander geschoven, indien deze een onbehoorlijk gedrag kan verweten worden.

17. De leer der risico-aanvaarding stamt uit de *Common Law* (55). En het is uiteraard geen toeval dat in dit Rechtssysteem aan de rechtsverhouding een belangrijke rol wordt toebedeeld. De *Common Law* is immers uit *case-law* gegroeid (56).

Anderzijds slaagde de *Common Law* er in via de *Equity* om het vertrouwenskarakter van de bijzondere rechtsverhoudingen in aanmerking te nemen. En niet toevallig gebeurde dit aan de hand van de 'trust' — d.i. de goede trouw.

Toch slaagde het Engelse rechtssysteem er niet in zich te bevrijden van het juk van de wilsautonomie. Dit veroorzaakte, o.a. via de leer der '*voluntary assumption of risk*', een botsing der systemen.

18. In het Belgische contractenrecht wordt slechts uitzonderlijk aandacht besteed aan het gedragspatroon dat door de schuldenaar wordt gevolgd. Dit is bv. wél het geval in de dwalingsleer: de dwaling van de medecontractant kan slechts tot vernietiging aanleiding geven indien ze onverschoonbaar is, d.w.z. voor zover een normaal iemand in dezelfde omstandigheden niet zou hebben gedwaald (57). In dit verband kan echter verwezen worden naar een andere uiteenzetting waarin de mening werd geopperd dat de dwalingsfiguur uit het B.W. zich situeert buiten elke vertrouwensrelatie om (58). De zorgvuldigheidsappreciatie die in de dwalingsleer wordt doorgevoerd bevindt zich m.a.w. buiten het terrein van de goede trouw.

Dit inzicht is structureel. De dwalingsleer heeft in het functionele systeem van verbintenissenrecht geen enkele plaats, omdat deze leer de vrijwaring van de 'wil' der contractanten als hoofdbekommernis heeft, en dit buiten elke zorgvuldigheidsappreciatie van het gedragspatroon van de medecontractant om (cfr. de regel dat de dwaling niet hoeft uit te gaan van de tegenpartij). De dwalingsleer verkreeg van de goede trouw een normatieve interpretatie.

(54) Vgl. W. van Gerven, «De invloed van de verzekeringen op het verbintenissenrecht», *R.W.*, 1962-63, 777; — D. Simoens, «Burgerlijke aansprakelijkheid, verzekering en sociale zekerheid als stelsel tot schadevergoeding», *Jura Falconis*, 1973-74, 507-508.

(55) Zie o.a. C.A. Wright & A.M. Linden, *Canadian Tort Law*, Toronto, 1975, 523.

(56) Vgl. T. Koopmans, *Contractueel stippelwerk*, Alphen aan den Rijn, 1965, 10.

(57) W. van Gerven, *o.c.*, zie noot 2, 105.

(58) W. Wilms, *l.c.*, zie noot 22, nrs. 3 en 8.

AFDELING 2. DE GOEDE TROUW IN DE PRECONTRACTUELE RECHTSVERHOUDING

§ 1. Rechtsmisbruik

19. Via de theorie inzake rechtsmisbruik wordt een zorgvuldigheidscontrole uitgeoefend die een verwantschap vertoont met de werking van de goede trouw. Voornamelijk m.b.t. de precontractuele rechtsverhouding bereikt men in het kader van de rechtsmisbruik-theorie analoge resultaten op het vlak van de contractswegering en de 'misbruik van omstandigheden' (gekwalficeerde benadeling) (59).

Van Gerven legt een verband tussen het rechtsmisbruik en de vertrouwensleer (60). Hierbij houdt deze auteur echter geen rekening met het onderscheid tussen de schijnleer en de (normatieve) vertrouwensleer. Dit belet Van Gerven dan ook om de drempel van het legalisme te overschrijden. De Bersaques daarentegen beklemtoont de band tussen de theorie inzake rechtsmisbruik en de goede trouw — waarbij dan wel moet aangestipt worden dat deze auteur met dit begrip duidt op de plicht van samenwerking en loyaliteit die contractanten in hun onderlinge betrekkingen moeten naleven (61). Hiermee komt hij in de lijn te liggen van de structurele benadering.

20. De notie 'rechtsmisbruik' wordt in de functionele benadering ontmaskerd als een *contradictio in terminis* (62). Men 'heeft' een recht, of men heeft het niet. Indien men zich m.a.w. buiten het terrein van de geoorloofde rechtsuitoefening beweegt, bezondigt men zich niet aan 'rechtsmisbruik', doch handelt men eenvoudig zonder recht.

Deze taalkundige onnauwkeurigheid waaraan de theorie inzake rechtsmisbruik lijdt, is onvermijdelijk indien het recht als uitgangspunt wordt genomen, i.p.v. de rechtsverhouding. Het recht leidt *als dusdanig* (d.i. buiten elke rechtsuitoefening om) geen eigen bestaan. '*L'existence précède l'essence*' — om het in termen van Sartre te verwoorden. En als abstractie gemaakt wordt van de rechtsuitoefening zelf, is het uiteraard onmogelijk adequate criteria uit te werken m.b.t. de zorgvuldigheidstoetsing.

Bijzonder relevant is in dit opzicht de stelling van Van Gerven dat "hoe absoluter, d.i. hoe minder gebonden het recht is of geacht wordt te zijn, hoe beperkter de rechterlijke toetsing moet zijn (63)". Dit kan natuurlijk niet

(59) Cfr. J.J. Nagelkerke, *Contractswegering in het Franse en Nederlandse recht*, Deventer, 1973.

(60) W. van Gerven, *o.c.*, zie noot 2, nr. 78.

(61) A. De Bersaques, *l.c.*, zie noot 23, 506-509.

(62) Zie J.M. van Dunné, *o.c.*, zie noot 5, 217.

(63) W. van Gerven, «Variaties op het thema misbruik», *R.W.*, 1979-80, 2472; *W.P.N.R.*, 1980, 64.

kloppen. En in een voetnoot blijkt Van Gerven dit trouwens zelf toe te geven vermits hij opmerkt dat 'eigenaardig genoeg' de meeste gevallen van rechtsmisbruik verband houden met de uitoefening van onroerende eigendomsrechten, d.i. de meest absolute en ook als dusdanig gewaardeerde rechten (64). Via de structurele rechtsopvatting wordt dit mysterie op een eenvoudige wijze opgehelderd. Misbruik van eigendomsrecht vindt immers plaats in gevallen van nabuurschap. En in deze bijzondere vertrouwensrelatie wordt een bijzondere behoorlijkheidscontrole uitgeoefend. Dit verklaart meteen waarom de theorie der rechtsmisbruik in deze sector zo'n geweldig succes heeft gekend, nadat gebleken was dat de toetsing van art. 1382-83 onvoldoende bleek om de eigen kenmerken van de nabuurschap tot hun recht te laten komen. Daarna werd het roer kennelijk omgegooid, vermits de theorie van de burenhinder werd ontwikkeld. En het is niet toevallig dat deze theorie net bij art. 544, d.i. het eigendomsrecht werd aangeknoopt. Dit artikel formuleert het eigendomsrecht inderdaad in termen van rechtsuitoefening: «Eigendom is het recht om op de meest volstreckte wijze van een zaak het genot te hebben en daarover te beschikken, mits men er geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of met de verordeningen».

Via de leer inzake burenhinder werd aan dit artikel dus een normatieve interpretatie verleend.

§ 2. Culpa in contrahendo

21. In het kader van de wilsautonomie wordt uiteraard een belangrijke aandacht besteed aan de bescherming van de vrije wilstoestemming. Dit blijkt onomwonden uit de leer der wilsgebreken. Vandaar is men slechts een kleine stap verwijderd van een zorgvuldigheidstoetsing, met als criterium de vrijwaring van de wil. Elke daad waardoor de wilstoestemming van de medecontractant wordt aangetast, wordt beoordeeld aan de hand van de goede trouw. Voor deze toetsing werd de wettelijke grondslag echter gezocht in art. 1382-83 B.W., i.p.v. aan de bepalingen uit het B.W. inzake bedrog en geweld een open interpretatie toe te kennen.

De '*culpa in contrahendo*' (65) wordt door de Belgische rechtspraak voornamelijk gehanteerd om het recht op informatie tussen contractanten te beschermen. De ene gesprekspartner mag er op vertrouwen dat de wederpartij hem tijdens de precontractuele fase niet zal doen dwalen over de omvang en de inhoud van zijn verbintenissen (66). Ondertussen werd in de

(64) *Ibidem*, zie noot 21.

(65) Zie hierover o.m. A. De Bersaques, «La lésion qualifiée et sa sanction», *R.Crit.J.B.*, 1977, 10; — L. Cornelis, «Le dol dans la formation du contrat», *R.Crit.J.B.*, 1976, 37; — G. Schrans, «Preadvies over precontractuele verhoudingen naar Belgisch recht», *Preadviezen voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle, 1967, 3; — A. De Bersaques, «La culpa in contrahendo», *R.Crit.J.B.*, 1964, 277.

(66) Zie W. Wilms, *l.c.*, zie noot 22; — Zie ook de werken aangehaald in noot 65.

Belgische rechtsleer echter voorgesteld om de bescherming van het recht op informatie tussen contractanten te organiseren via de theorie inzake rechtsmisbruik. Via de leer der gekwalificeerde benadeling wordt inderdaad het misbruik gesanctioneerd dat wordt gemaakt van de onwetendheid en de onervarenheid van de medecontractant (67). Deze bescherming gaat echter minder ver dan deze die geboden wordt op grond van de leer der culpa in contrahendo. Krachtens deze theorie wordt immers het recht op informatie van elke contractant beschermd, en dus niet alleen van de onwetende of de onervaren gesprekspartner.

De gekwalificeerde benadeling vormt aldus geen aanvulling van de culpa in contrahendo. Beide theoriën vormen integendeel een fraai voorbeeld van de botsing der systemen in het Belgische verbintenissenrecht.

22. Ook aan de leer inzake aanbod en aanvaarding kan een normatieve uitleg worden verleend (68). De contractsweigerings kan een inbreuk uitmaken op de vereiste van goede trouw. In de legalistische visie wordt de behoorlijkheidscontrole andermaal in termen van rechtsmisbruik geformuleerd: maakt het voortijdig afbreken van onderhandelingen al dan niet een misbruik uit van de contractsvrijheid, d.i. het recht om geen overeenkomst te sluiten (69). Het functionele systeem gaat daarentegen uit van de rechtsverhouding zelf. En de vraag luidt dan of de ene partij, naar beginselen van goede trouw, er op mocht vertrouwen dat de overeenkomst waarover onderhandeld werd tot stand zou komen. Niet het afbreken van de onderhandelingen wordt gesanctioneerd, doch wel het onzorgvuldige gedragspatroon dat daaraan vooraf is gegaan of dat deze verbreking der relatie heeft vergezeld. Het onzorgvuldig onderhandelen wordt m.a.w. afgestraft (70).

De structurele benadering voegt hieraan toe dat de controle op het gedragspatroon van de contractanten op een bijzondere wijze geschiedt. Omdat het een bijzondere vertrouwensrelatie betreft, gebeurt de zorgvuldigheids-toetsing niet alleen voortgaande op de externe omstandigheden, doch ook rekening houdende met de subjectieve eigenschappen van de contractanten. De toetsing zelf gebeurt dan ook op een integrale wijze. De theorie van de marginale toetsing wordt in dit verband door de structurele benadering op haar plaats gezet, met name het terrein van de sanctieering van het onzorgvuldig geding gedrag van de bewijsregeling.

(67) Zie hierover A. De Bersaques, «L'oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion», *Mélanges Dakin*, I, Brussel, 1963, 511-12; — A. De Bersaques, «La lésion qualifiée et sa sanction», *o.c.*, zie noot 65; — W. van Gerven, *o.c.*, zie noot 2, nr. 114; — W. van Gerven, *l.c.*, zie noot 63 onder nr. 4

(68) Zie J.J. Nagelkerke, *o.c.*, zie noot 55.

(69) Vgl. G. van Hecke, «Vrijheid of dwang in het aanbod van goederen en diensten», *Liber Amicorum L. Fredericq*, II, Gent, 1966, 999.

(70) Zie o.a. Brussel, 18 oktober 1978, *J.T.*, 1979, 14; — Zie ook de commentaar op dit arrest van P. Rigaux, «De la construction clé sur porte»; *J.T.*, 1979, 225.

AFDELING 3. GOEDE TROUW IN DE POST-CONTRACTUELE RECHTSVERHOUDING

23. Op het gebied van de contractuele aansprakelijkheid is de zorgvuldigheidscontrole nooit een probleem geweest. Het klassieke onderscheid tussen de *middel- en resultaatsverbintenis* blijkt hierop te wijzen.

Een open integratie van deze begrippen werd ondernomen door Houwing (71). Partijen verbinden zich immers nooit tot een resultaat, doch wel tot feitelijke gedragingen met het oog op de realisering van het contractdoel van de tegenpartij. Een contractant kan niet verzekeren dat het contractdoel van de wederpartij zal worden bereikt. Maximaal kan hij er zich toe verbinden al het mogelijke te doen om hiertoe bij te dragen. De partijen verbinden zich m.a.w. tot niet meer dan een zorgvuldige uitvoering van de contractuele verbintenissen.

In de structurele rechtsopvatting is er geen sprake van een onderscheid tussen de zorgvuldigheidscontrole die wordt doorgevoerd in het raam van de contractuele aansprakelijkheid, en anderzijds, de toetsing aan de goede trouw. De *overeenkomst* moet te goeder trouw worden uitgevoerd.

24. Partijen verplichten zich nooit tot een resultaat, doch wel steeds tot feitelijke gedragingen die naar beginselen van goede trouw worden beoordeeld.

Het kan gebeuren dat er omstandigheden tussenkomen, die beletten dat het contractdoel van de wederpartij wordt bereikt. De vraag is dan of, naar beginselen van goede trouw, deze omstandigheden aan hem kunnen worden toegerekend. Er wordt dus een zorgvuldigheidscontrole uitgeoefend op het gedrag van de schuldenaar van de prestatie. Indien de omstandigheid die de uitvoering van de verbintenis belet (of moeilijker maakt dan aanvankelijk voorzien) aan zijn eigen onzorgvuldigheid te wijten is, dan is hij aansprakelijk. Zoniet speelt de leer der onvoorziene omstandigheden (72): de *schuldeiser* schiet tekort aan zijn verplichting tot goede trouw, wanneer hij de uitvoering vordert van een verbintenis die omwille van 'vreemde' omstandigheden onmogelijk (of moeilijker) is geworden.

25. In overeenstemming met de beginselen der wilsautonomie wordt aanvaard dat de schuldenaar van een prestatie kan bedingen dat hij het risico van de tussenkomst van *vreemde* omstandigheden op zich neemt. Dit is wat Houwing onder de benaming '*prestatieplicht*' aanduidt.

(71) Ph. Houwing, *De inhoud van de verbintenis en de overmacht Geschriften van Houwing*, Deventer, 1972.

(72) Zie in dit verband o.m. P. Abas, *Onvoorziene omstandigheden. Een onderzoek naar de bruikbaarheid van art. 6.5.3.11 van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Alphen aan den Rijn 1978; — Vgl. met P. De Ceuninck, «Juridische argumentatie van de theorie der onvoorziene omstandigheden», *Jura Falconis*, 1978-79, 83.

(73) Houwing, *o.c.*, zie noot 71, nr. 14; — Vgl. met J.L. Fagnart, «Les obligations de garantie», *Mélanges Baugniet*, Brussel, 1976, 233.

Deze functionele definitie van de begrippen resultaats- en middelverbintenis heeft meteen een andere visie op de *overmachtstheorie* tot gevolg. In termen van wilsautonomie kan dit als volgt worden samengevat. De partijen verbinden zich doorgaans tot een middelverbintenis. Deze middelverbintenis wordt getoetst aan de zorgvuldigheidsnorm. Partijen hebben echter de mogelijkheid zich tot een resultaat te verbinden, d.i. het risico van de tussenkomst van een vreemde oorzaak op zich te nemen. De schending van de prestatieplicht is *in se* een wanprestatie, en brengt derhalve *ipso facto* de contractuele aansprakelijkheid in het gedrang van de partij die zich tot de resultaatsverbintenis verbonden heeft. Via overmacht wordt nochtans een zorgvuldigheidscontrole uitgeoefend: overmacht werkt bevrijdend indien de wanprestatie het gevolg is van een omstandigheid die hij niet kon voorzien en die hem niet-toerekenbaar is.

26. Deze open visie op de overmachtstheorie is in België doorgedrongen op het stuk van de onrechtmatige daad (74).

Indien geen reglementaire norm geschonden werd, gebeurt de behoorlijkscontrole aan de hand van de zorgvuldigheidsnorm. Wie in het kader van art. 1382-83 B.W. de nodige zorgvuldigheid aan de dag heeft gelegd, begaat geen fout, en is derhalve niet gehouden tot schadevergoeding. Indien de schadeverwekker wèl de zorgvuldigheidsnorm heeft overtreden, dan is hij aansprakelijk. De overmachtstheorie kan in deze hypothese weinig baat bieden om de schadeverwekker van zijn verplichting tot schadevergoeding te bevrijden. Aan de vereisten van de niet-toerekenbaarheid en onvoorzienbaarheid, die in het raam van de overmachtstheorie worden vooropgesteld, is dan per definitie immers niet voldaan. De overmachtstheorie kan m.a.w. op het vlak van de middelverbintenis niet de minste rol spelen (75).

In geval een resultaatsverbintenis wordt geschonden, verandert de situatie. Een inbreuk op een reglementaire norm levert *ipso facto* een fout op in de zin van art. 1382-83 B.W. Niettemin kan de schadeverwekker via de overmachtstheorie toch ontsnappen aan de gevolgen van zijn aansprakelijkheid, indien hij kan aantonen dat hij de vereiste zorgvuldigheid aan de dag heeft gelegd, m.a.w. dat de schade niet voorzienbaar was, en hem evenmin toerekenbaar.

Dit betekent daarom nog niet dat de zorgvuldigheidstoetsing in het kader van het leerstuk der onrechtmatige daad de schending van de middel- en resultaatsverbintenis over dezelfde kam scheert. Vooreerst is de verdeling

(74) Zie o.m. H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne, J. Hamelinck & W. Wilms, *l.c.*, zie noot 35, nrs. 51-60.

(75) Zie o.m. H. Vandenberghe, *l.c.*, zie noot 30, nr. 8; — H. Vae(74) Zie o.m. H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne, P. Hamelinck & W. Wilms, *l.c.*, zie kenborne, P. Hamelinck & W. Wilms, *l.c.*, zie noot 34, nr. 8; — Vgl. met Ph. Houwing, *l.c.*, contractuelle», *J.T.*, 1946, 313 —; J. Heenen, «La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure», *R. Crit.J.B.*, 1957, 87.

van de bewijslast anders geregeld (76). Vervolgens blijkt een gedeelte van de Belgische rechtspraak de mening toegedaan dat het zorgvuldigheids-criterium op een strengere manier moet aangewend worden, indien een reglementaire norm geschonden wordt (77).

27. De weg naar een structurele benadering van het contractenrecht werd door Houwing vrijgemaakt via een herdefinitie van de begrippen middel- en resultaatsverbintenis. Deze open interpretatie wordt echter gekaderd in het begrippenapparaat van de wilsautonomie. Of een verbintenis als dan niet een resultaatskarakter vertoont, wordt bepaald door de partijen, via een beding in de overeenkomst.

In de structurele opvatting wordt de vraag of bepaalde omstandigheden al dan niet voor rekening van de schuldenaar der prestatie komen, bepaald in overeenstemming met de beginselen van goede trouw. In dit verband mag echter niet voorbijgegaan worden aan de eigen kenmerken van de rechtsverhouding waarmee men wordt geconfronteerd. De 'inhoud' van het overmachtsbegrip d.i. de 'goede trouw' is derhalve verschillend, niet alleen van rechtstak tot rechtstak, maar ook van rechtsverhouding tot rechtsverhouding, en van de ene partijrelatie tot de andere. Maar binnen deze verscheidenheid is er anderzijds steeds een zekere identiteit te ontwaren. Het gaat immers steeds om een normatieve interpretatie van het overmachtsbegrip, naar beginselen van goede trouw. Identiteit in verscheidenheid. En *vice versa*. Kortom, redelijkheid en billijkheid!

28. «Rechtsvinding (...) zou ertoe moeten bijdragen, onderdrukingsmomenten te analyseren en op te heffen. Slechts op die wijze (...) kunnen mogelijkheden ontwikkeld worden om tot een opheffing van die onderdrukking te komen in individuele spreekakten én in het gehele juridische discours. In die zin kan rechtsvinding als akt van emancipatie gezien worden en tot emancipatoire rechtsvorming bijdragen» (78).

(76) *Ibidem*.

(77) H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne, P. Hamelinck & W. Wilms, *l.c.*, zie noot 35, nr. 55.

(78) J.M. Broekman, *l.c.*, zie noot 25, 56.