

REDELIJKHEID IN HET CONTRACTENRECHT: DE RECHTER OP HET SCHERP VAN DE SNEDE

*Een onderzoek naar de verenigbaarheid van redelijkheid met
rechtszekerheid in het contractenrecht*

Aantal woorden: 43.6218

Cameron Brichart
Studentennummer: 01503943

Promotor: Prof. dr. Ignace Claeys
Commissaris: Matthias Meirlaen

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad master in de Rechten

Academiejaar: 2019 – 2020

Voorwoord

Het schrijven van deze masterproef betekent het einde van mijn opleiding Rechten aan de Universiteit Gent, wat mij met een dubbel gevoel achterlaat. Enerzijds kan ik terugkijken op vijf mooie jaren waarin ik fantastische mensen heb leren kennen en geboeid raakte door een materie die mij ongetwijfeld niet meer loslaat, anderzijds is het ook uitkijken naar wat de volgende fase van mijn leven te bieden heeft. Dat het een vreemd afscheid is, zullen mijn medestudenten kunnen bevestigen. De verspreiding van het Covid-19 virus en de daaropvolgende overheidsmaatregelen hebben ertoe geleid dat ik met dit onderwerp ben gaan slapen om er de volgende ochtend mee te ontwaken. Dat was de enige zekerheid in deze onzekere periode. Ook op die manier is het schrijven van deze masterproef een afscheid, al weet ik niet of ik dit onderwerp nog makkelijk achter mij zal kunnen laten

Graag wil ik van de mogelijkheid gebruik maken om enkele mensen te bedanken. In de eerste plaats professor Claeys voor het aanreiken van dit uitdagende onderwerp en de vrijheid die ik heb gekregen bij de uitwerking ervan. Daarnaast ook de mensen die de tijd en moeite hebben genomen om het werk na te lezen, zonder hen had deze masterproef er ongetwijfeld anders uitgezien. Ik ben er van overtuigd dat iemand maar zo sterk is als de mensen rondom hem, in het bijzonder wil ik dan ook mijn ouders en mijn lief Anoeke bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun. Ten slotte had ik dit werk graag opgedragen aan mijn overleden grootmoeder, een vrouw die 'wijs' was, in alle betekenissen van het woord, mij gedurende haar hele leven heeft geïnspireerd en dat tot op de dag van vandaag doet.

Cameron Brichtart,
Gent 2020

Inhoud

Inleiding.....	6
1 Redelijkheid.....	7
1.1 Voorwerp van onenigheid.....	7
1.2 Redelijkheid als (open) norm.....	13
1.2.1 Onderscheid tussen gesloten en open normen	13
1.2.2 Kritiek op open normen	19
1.2.2.1 Rechterlijke rechtsontwikkeling	20
1.2.2.2 Democratisch deficit.....	28
1.2.2.3 Retroactieve toepassing van rechterlijk 'gevonden' normen	35
1.2.2.4 Subjectiviteit van de rechter	45
1.3 Conclusie	64
2 Rechtszekerheid.....	71
2.1 Het rechtszekerheidsbeginsel	71
2.1.1 Geen consensus over inhoud.....	71
2.1.2 Op zoek naar zekerheid in een onzekere wereld.....	72
2.2 Eisen gesteld door de rechtszekerheid.....	77
2.2.1 Onderscheid objectieve en subjectieve rechtszekerheid	77
2.2.2 Kenbaarheid van het recht	79
2.2.2.1 Materiële toegankelijkheid.....	80
2.2.2.2 Intellectuele toegankelijkheid.....	82
2.2.2.3 Iedereen wordt geacht de wet te kennen.....	84
2.2.3 Betrouwbaarheid van het recht.....	87
2.2.3.1 Objectieve en subjectieve stabiliteit.....	88
2.2.3.2 Legitieme verwachtingen.....	92
2.2.3.3 Werking van de wet in de tijd.....	94
2.2.3.4 Criteria vertrouwensbeginsel.....	97

2.2.4	Voorspelbaarheid van het recht.....	101
2.3	Rol van rechtszekerheid in het verbintenissenrecht.....	106
2.3.1	Het contract als bron van materiële zekerheid.....	106
2.3.2	Belang van kenbaarheid.....	108
2.3.3	Werking van het recht in de tijd	110
2.3.4	Rechtszekerheid als fundamenteel maar geen absoluut beginsel	114
3	Conclusie	122
	Bibliografie	133

Inleiding

Het onderzoek van deze masterproef betreft onder meer de redelijkheid als rechtsbron. De werking van redelijkheid doorheen het (privaat)recht is merkbaar in allerhande rechtsregels. Het bekendste voorbeeld is ongetwijfeld de objectieve goede trouw, die partijen een redelijkheids- of zorgvuldigheidsverplichting oplegt.¹ Een recenter voorbeeld zien we in de definitie van 'positie van economische afhankelijkheid' uit het economisch recht: “[Een] positie van onderworpenheid ten aanzien van een of meerdere andere ondernemingen gekenmerkt door de afwezigheid van een redelijk equivalent alternatief, beschikbaar binnen een redelijke termijn, en onder redelijke voorwaarden en kosten, die deze of elk van deze ondernemingen toelaten om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet kunnen verkregen worden in normale marktomstandigheden”.² Met uitzondering van enkele criteria op basis waarvan al dan niet tot economische afhankelijkheid kan besloten worden, brengt deze definitie weinig duidelijkheid. De precieze invulling van wat redelijk is en in welke mate die criteria tot elkaar in verhouding staan, is overgelaten aan het oordeel van de rechter.

Redelijkheid lijkt gepaard te gaan met een bepaalde ambiguïteit en onzekerheid. Hoe kan een partij weten of haar gedrag kadert binnen de redelijkheids- of zorgvuldigheidsverplichting van de objectieve goede trouw? Wanneer bevindt een onderneming zich in een positie van economische afhankelijkheid? De wet biedt geen antwoord. Het is daarentegen de rechter die ingeval van een conflict zal moeten oordelen wat 'redelijk' is en wat niet. Een conflict met de rechtszekerheid lijkt aan de orde. Partijen kunnen hun concrete rechtspositie slechts kennen na een beoordeling door de rechter. Het doel van deze masterproef is een onderzoek naar de inhoud en de verenigbaarheid van beide beginselen in het verbintenissenrecht. Daarbij worden beide beginselen kritisch geanalyseerd en vervolgens onderzocht op hun verenigbaarheid. De redelijkheid wordt ingeleid door twee contrasterende visies over het onderwerp te bespreken.

¹ I. CLAEYS, *Verbintenissenrecht*, 2016, 123-125; I. CLAEYS, “Good faith and fair dealing in spanningsvelden” in *De Unidroit-principes inzake internationale handelscontracten* (editie 2010) en *arbitrage*, Bruylant, 2011, 78.

² Art. I.6, 4° WER

1 Redelijkheid

1.1 Voorwerp van onenigheid

De redelijkheid wordt beschouwd als zijnde een open of vage norm.³ Volgens HESSELINK is een open norm een norm waarvan de inhoud niet op abstracte wijze vastgesteld kan worden, maar afhangt van de omstandigheden waarin de norm moet worden toegepast, en welke vastgesteld moet worden door concretisering.⁴ Het begrip open norm moet echter worden genuanceerd. Elke norm wordt enigszins open of algemeen geformuleerd, zodat ze kan geconcretiseerd worden door de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval.⁵ Niet elke norm is echter even open. Een norm zal meer open zijn naarmate ze de basis vormt voor de beslissing van meer onderling uiteenlopende zaken.⁶

³ L. CORNELIS, "De achtereenkomst", in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 53-54; M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 37.

⁴ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 37.

⁵ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 406.; I. CLAEYS, "Good faith and fair dealing in spanningsvelden" in *De Unidroit-principes inzake internationale handelscontracten (editie 2010) en arbitrage*, Bruylant, 2011, 82.

⁶ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 406.

Zowel HESSELINK als CORNELIS zijn van mening dat de redelijkheid geen norm is. Hoe ze tot die conclusie komen, is evenwel verschillend. Volgens CORNELIS is de redelijkheid geen norm, omdat open normen in het algemeen geen normen zijn. Eerder dan rechtsregels zijn ze volgens hem: “... een algemeen, vaag en onbestemd gevoel of aanvoelen, dat aansluiting zoekt en (hopelijk) vindt bij (eerbare) morele waarden en/of inzichten van de feitenrechter”.⁷ Volgens HESSELINK is de redelijkheid een volledig open norm en daarom geen norm, omdat geen enkel geval van de toepassing ervan is uitgesloten. De redelijkheid krijgt enkel het statuut van volledig open norm, indien ze als functie heeft de regels te concretiseren, aan te vullen of te corrigeren. Redelijkheid vormt zo een middel voor de rechter om voormelde functies uit te oefenen. De rechter heeft dit middel echter al in het kader van zijn taak om conflicten te beslechten. Redelijkheid is de enige volledige open norm, omdat ze overeenstemt met de taken van de rechter. In tegenstelling tot CORNELIS zijn volgens HESSELINK de andere open normen wel normen.⁸

Hoewel beide auteurs de redelijkheid verschillend kwalificeren, CORNELIS als zijnde een open norm en HESSELINK als geen norm, heeft dit geen invloed op het resultaat van hun redenering. Beide auteurs komen, weliswaar via een andere weg, tot dezelfde conclusie. De redelijkheid is een manier voor de rechter om nieuwe regels uit te vaardigen. Een discussie over de kwalificatie van redelijkheid als (open) norm speelt volgens mij dan ook eerder op een theoretisch niveau. Belangrijker voor de praktijk is het feit dat de redelijkheid een rechtsgrond vormt die de rechter de mogelijkheid geeft om nieuwe regels uit te vaardigen door bestaande regels te concretiseren, aan te vullen en te corrigeren. Zowel CORNELIS als HESSELINK komen tot de conclusie dat de redelijkheid een middel vormt voor de rechter om regels uit te vaardigen. Over de wenselijkheid van die conclusie staan ze evenwel lijnrecht tegenover elkaar.

⁷ L. CORNELIS, “De achtereenkomst”, in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 70.

⁸ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 406-409.

CORNELIS hekelt het feit dat open normen niet vooraf inhoudelijk bepaald zijn, waardoor die taak naar de feitenrechter wordt doorgeschoven. Het is de feitenrechter die bepaalt wat wel en niet redelijk is. Naast de kritiek over hoe wordt omgegaan met deze basisbeginselen is de feitenrechter volgens hem niet de geschikte persoon om dit te doen. De invulling van de open norm gebeurt immers in het kader van de beslechting van een geschil, dat zelf afhankelijk is van twee determinerende factoren: de feitelijke omstandigheden van het geschil en de persoon van de feitenrechter. Eenmaal in de rechtbank schiet er nog maar weinig over van die feitelijke omstandigheden. Ze zijn nog slechts een verre echo van de werkelijkheid. Oorzaken hiervan zijn de intrinsieke subjectiviteit van waarnemingen, de taak van advocaten om hun cliënt (en diens zienswijze) te verdedigen en het bewijsrecht. De feitenrechter zal dan ook moeten roeien met de riemen die hij heeft om de feitelijke omstandigheden te beoordelen. Hoe hij vervolgens naar die feiten kijkt, wordt fundamenteel bepaald door zijn persoonlijkheid, in de ruime zin van het woord. Het is het 'ik' van de feitenrechter die grotendeels de beslechting van het conflict en dus ook de invulling van de open norm gaat bepalen. CORNELIS wijst op het risico op willekeurigheid dat hiermee gepaard gaat en dat nog versterkt wordt door het gebruik van een norm die vooraf benoemde en kenbare criteria en/of toepassingsvoorwaarden mist. Het is die willekeurigheid die volgens CORNELIS de rechtszekerheid in gevaar brengt. De rechtsverhouding zal immers niet geregeld worden door de onderlinge afspraken, die partijen in het raam van hun contractvrijheid hebben gemaakt, maar door de inzichten van een feitenrechter op basis van de hem voorgelegde feiten. Daarbij kunnen ze achteraf worden geconfronteerd met gedragsregels die op het moment van hun handelen onmogelijk gekend konden zijn. Ten slotte bekritiseert CORNELIS hoe ondemocratisch dit alles is. Een rechtsregel ontwikkeld in de rechtspraak kan enkel democratisch legitiem zijn als die ontwikkeling binnen het wettelijk kader en de bestaande rechtsregels van wettelijke oorsprong is gebeurd. Niet alleen is dit niet zo bij nieuwe regels uitgevaardigd door de feitenrechter. Ook moeten regels die wel op een democratisch legitieme manier tot stand zijn gekomen de toets van de open norm doorstaan. De vraag is hoe de rechter bij dergelijke afweging wordt gecontroleerd. Niet door het Hof van Cassatie, aangezien het om een feitelijke beoordeling gaat, zal haar controle beperkt zijn. Er moet dan ook een onbegrensd vertrouwen zijn in de feitenrechter.⁹

⁹ L. CORNELIS, "De achtereenkomst", in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 46-85.

CORNELIS spreekt zich niet uit over de vraag of de feitenrechter dit vertrouwen al dan niet waard is, maar vraagt zich wel af hoe het democratisch gelegitimeerd kan worden. Het feit dat de regelgever een norm bewust open heeft gelaten met het oog op het doorschuiven van de invulling ervan is volgens hem alvast geen argument. Een open norm moet namelijk niet noodzakelijk een onbepaalde norm blijven. Er kunnen algemene en abstracte criteria aan gekoppeld worden, zoals bij het foutcriterium uit het aansprakelijkheidsrecht.¹⁰

Volgens HESSELINK valt de redelijkheid samen met de taken van de rechter. Ze kan dan ook niet vooraf inhoudelijk worden ingevuld of aan bepaalde criteria worden gekoppeld. Dé redelijkheid bestaat immers niet. Het is geen norm, maar een schutting waar rechters zich achter verschuilen bij het uitvaardigen van nieuwe regels.¹¹ Ook CORNELIS trekt deze conclusie. In tegenstelling tot CORNELIS vindt HESSELINK dit geen probleem.

De rechter doet aan rechtsvorming omdat hem de taak van rechtstoepassing wordt opgedragen. De rechter moet abstracte regels op concrete feitelijke situaties toepassen, maar daar kunnen zich drie belangrijke problemen voordoen. Ten eerste kan er onduidelijkheid zijn of de feiten de elementen bevatten om onder de regel te vallen. De rechter moet dan de feiten en het recht interpreteren. Regels zijn immers uitgedrukt in woorden en woorden gaan gepaard met onduidelijkheid. Ten tweede is het mogelijk dat geen enkele regel op de feiten van toepassing is. Het is immers onmogelijk om elke huidige en toekomstige situatie vooraf te regelen in een systeem van abstracte regels. De rechter zal het recht dan met een nieuwe regel moeten aanvullen. Het geschil moet immers beslecht worden. Ten slotte kan het zijn dat alle feitelijke elementen aanwezig zijn om een regel toe te passen, maar dat er daarnaast ook elementen zijn die de toepassing van het rechtsgevolg niet gepast maken.¹²

¹⁰ Ibid.

¹¹ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 410-413.

¹² Ibid. 399-400.

Willekeurigheid van rechterlijke beslissingen wordt vermeden door het principe dat gelijke zaken gelijk behandeld moeten worden. Een beslissing vormt een regel waarmee rekening zal moeten gehouden worden bij de beoordeling van latere zaken. Dergelijke nieuwe regel zal in het begin zeer concreet zijn, maar uit een reeks soortgelijke beslissingen kan een abstracte regel duidelijk worden. Er is geen bundel van soortgelijke beslissingen vereist om van een nieuwe regel te kunnen spreken. Ze faciliteert enkel het proces om de algemene regel uit de concrete feitensituaties te abstraheren. De doctrine kan een hulpmiddel vormen voor het formuleren van die abstracte regel. Om rechtszekerheid te kunnen waarborgen moet de rechter zijn beslissing duidelijk motiveren. Hij moet aangeven welke feiten tot de beslissing hebben geleid en hoe de regel zich verhoudt tot het bestaande recht.¹³

De legitimatie voor het uitvaardigen van nieuwe regels is de plicht, die de rechter staatsrechtelijk is opgelegd, om geschillen te beslechten. Het in vraag stellen van zijn bevoegdheid om nieuwe regels te maken, is het ter discussie stellen van de rechterlijke macht. Sterker nog, bij het uitvaardigen van nieuwe regels zou de rechter discretie hebben. Discretie in de zin dat hij het recht niet moet 'vinden' in de gerechtigheid, maar bij afwezigheid van toepasselijke rechtsregels zelf een antwoord op de rechtsvraag mag formuleren op basis van de beginselen van het recht. De rechter doet aan *rechtsschepping* en niet aan *rechtsvinding*. Nochtans erkent HESSELINK dat de rechter een subjectief oordeel velt over hoe de regels moeten worden geconcretiseerd, aangevuld en gecorrigeerd. In tegenstelling tot CORNELIS ziet hij echter geen probleem in die subjectiviteit. Ook individuele parlementsleden zouden op grond van hun eigen (subjectief) oordeel stemmen over wat het beste is. Bovendien wordt de objectiviteit van het rechterlijk oordeel gewaarborgd door een aantal garanties. Zo kunnen enkel 'deskundigen' tot rechter worden benoemd, moet de rechter het recht toepassen (in de zin van concretiseren, aanvullen en corrigeren), moet hij zijn beslissing motiveren en is beroep mogelijk tegen zijn beslissing.¹⁴ Ten slotte wordt de subjectiviteit dragelijk gemaakt door het vertrouwen dat er in de rechter en in het bijzonder in de hoogste rechter is.¹⁵

¹³ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 400-401.

¹⁴ Er moet opgemerkt worden dat beroep niet altijd mogelijk is.

¹⁵ Ibid. 402-404.

Een vergelijking van de twee verschillende standpunten over redelijkheid¹⁶ legt enkele interessante aspecten van het redelijkheidsbeginsel bloot: de kwalificatie als open norm en het belang van die kwalificatie; redelijkheid als een instrument voor rechterlijke rechtsontwikkeling en haar wenselijkheid. Daarnaast moet ook gekeken worden of er middelen zijn die de problemen van het redelijkheidsbeginsel (deels) kunnen opvangen. Er moet opgemerkt worden dat het doel van de twee visies hier op te nemen niet is om deze te presenteren als de exhaustieve opvattingen over redelijkheid, allesbehalve, wel illustreert het hoe uiteenlopend de meningen over het onderwerp zijn.

¹⁶ CORNELIS zijn opvattingen hebben betrekking op open normen in het algemeen.

1.2 Redelijkheid als (open) norm

1.2.1 Onderscheid tussen gesloten en open normen

In de rechtsliteratuur wordt redelijkheid beschouwd als een open of vage norm.¹⁷ In deze masterproef zal steeds gebruik gemaakt worden van de term ‘open norm’ om de negatieve connotatie die met het woord vaag gepaard gaat te vermijden.¹⁸ Verder zal blijken dat de kwalificatie als open norm een essentieel onderdeel vormt van de rol van redelijkheid binnen het (verbintenissen)recht en de kritiek waaraan ze onderhevig is. Eerst is het evenwel interessant om te kijken wat een open norm nu precies inhoudt en hoe zij verschilt van gesloten of scherpe normen.

Het begrip open norm vindt haar oorsprong in het Duitse recht, waar men spreekt van de ‘*Generalklausel*’.¹⁹ HESSELINK verkiest de term ‘*Generalklausel*’ boven ‘open norm’ om twee redenen. Ten eerste maakt ze duidelijk dat de regel zowel aan de normkant als aan de rechtsgevolgkant vaag kan zijn. Daarnaast maakt ‘*Klausel*’ duidelijk dat het om een wetgevingstechniek gaat.²⁰ Een belangrijk kenmerk van ‘*Generalklauseln*’ is dat ze geconcretiseerd moeten worden. Elke rechtsregel moet evenwel in zeker mate geconcretiseerd worden, waardoor dit geen onderscheidend kenmerk vormt. Een bijkomend kenmerk is dan dat de wetgever de norm bewust open heeft gelaten om de rechter beoordelingsruimte te geven. Het bewust open laten van een norm door de wetgever, omdat hij beseft dat de rechter in een betere positie zit om alle (toekomstige) maatschappelijke nuances te vatten, is wat voor HESSELINK open normen onderscheidt van louter vaag geformuleerde rechtsregels. Een algemeen aanvaarde definitie van ‘*Generalklauseln*’ of open normen is er evenwel niet.²¹

¹⁷ G.J. WIARDA, “De rechter tegenover vage rechtsnormen”, *RW*, 1973-1974, nr. 4, 177; J. M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 3; M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 37; L. CORNELIS, “De achtereenkomst”, in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 48.

¹⁸ HESSELINK verkiest de term vage norm, omdat geen enkele norm volledig open is en het om een contradictio in terminis zou gaan. Bovendien is volgens hem de negatieve connotatie die gepaard gaat met het woord vaag gericht op de norm en niet op de term die ze omschrijft. Zie: M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 406.

¹⁹ Ibid. 37-38.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

Gelet op de hoeveelheid inkt die er al over het onderwerp is gevloeid, is het opmerkelijk dat de meeste auteurs geen poging doen om het begrip 'open norm' te definiëren. Een eerste verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat er van uitgegaan wordt dat de lezer een algemeen idee heeft van wat onder een open norm verstaan moet worden, namelijk, een norm die op een brede waaier aan omstandigheden van toepassing is²², en dat het in het kader van hun bijdrage volstaat om dit aan de hand van enkele voorbeelden verder te verduidelijken. Hoewel dit ongetwijfeld meespeelt, is er mogelijks een andere en misschien wel belangrijkere verklaring: het besef dat eenieder die open normen welomlijnd probeert te definiëren zich op glad ijs begeeft. Sterker nog, volgens mij is het niet mogelijk om open normen precies af te bakenen. De oorzaak hiervan ligt in de arbitraire aard van het onderscheid tussen open en gesloten normen. Het is immers eigen aan een rechtsregel dat deze algemeen van aard en inhoud is.²³ Ze heeft een hypothetische structuur: aan bepaalde algemeen omschreven feiten worden bepaalde algemeen omschreven gevolgen gekoppeld voor degene tot wie de norm zich richt.²⁴ Elke norm zal in die zin een open karakter vertonen en afhankelijk zijn van de rechter voor de toepassing op de feiten van het voorliggende geschil.²⁵

²² I. CLAEYS, "Good faith and fair dealing in spanningsvelden" in *De Unidroit-principes inzake internationale handelscontracten (editie 2010) en arbitrage*, Bruylant, 2011, 82.

²³ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 955; I. CLAEYS, "Good faith and fair dealing in spanningsvelden" in *De Unidroit-principes inzake internationale handelscontracten (editie 2010) en arbitrage*, Bruylant, 2011, 82.

²⁴ F. OST, "L'heure du jugement" in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit le droit a-t-il pour vocation de durer*, Brussels, Bruylant, 1998, 92; P. Taelman en G. Verschelden, *Basisbegrippen van het recht*, Leuven, Acco, 2017, 15.

²⁵ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 406.

Er is geen strikte afbakening tussen open en gesloten normen, wel zijn er verschillende gradaties van algemeenheid onder de rechtsregels.²⁶ Het is dan ook correcter om een bepaalde rechtsregel op een schaal van (volledig) gesloten tot (volledig) open te plaatsen.²⁷ Er moet opgemerkt worden dat geen enkele rechtsregel volledig gesloten of volledig open zal zijn, aangezien in beide gevallen geen sprake meer kan zijn van een norm. Een volledig gesloten norm zal in haar toepassingsgebied te beperkt zijn en mist zo de algemene aard eigen aan een rechtsregel. Een volledig open norm zal op haar beurt steeds van toepassing zijn, waardoor ze geen normerend karakter heeft en niet meer geconcretiseerd moet worden door de rechter. HESSELINK formuleert het enigszins anders, volgens hem is een gesloten norm een bevel en kan een volledig open norm gelijk gesteld worden aan het recht. Zo ziet hij redelijkheid als een volledig open norm in de mate dat ze wordt aangewend om regels te concretiseren, aan te vullen en te corrigeren. In die hoedanigheid is redelijkheid een middel voor de rechter om de bevoegdheden die hij reeds bezit uit te oefenen.²⁸

²⁶ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 958; M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 406; I. CLAEYS, "Good faith and fair dealing in spanningsvelden" in *De Unidroit-principes inzake internationale handelscontracten (editie 2010) en arbitrage*, Bruylant, 2011, 82.

²⁷ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 406.

²⁸ *Ibid.*

Als illustratie om dit alles te verduidelijken kan artikel VI. 7/2 WER met betrekking tot de nieuwe regelgeving inzake het afronden van cashbetalingen worden genomen. Sinds 1 december 2019 worden cashbetalingen op 5 cent afgerond.²⁹ Artikel VI. 7/1 en 7/2 WER werden gewijzigd³⁰, waarbij artikel VI. 7/2 als volgt luidt:

§ 1 Wanneer het te betalen totaalbedrag eindigt op 1, 2, 6 of 7 cent, wordt het naar het dichtstbijzijnde lagere veelvoud van 5 cent afgerond.

Wanneer het te betalen totaalbedrag eindigt op 3, 4, 8 of 9 cent, wordt het naar het dichtstbijzijnde hogere veelvoud van 5 cent afgerond.

§ 2 Op elk document waarop het te betalen totaalbedrag vermeld staat, vermeldt de onderneming uitdrukkelijk de toegepaste afronding.

§ 3 Wanneer de onderneming in toepassing van artikel VI.7/1 de afronding toepast voor andere betalingen dan in speciën, past ze die toe voor alle andere betaalwijzen. Bovendien licht ze de consument hiervan in met de volgende boodschap "het totaalbedrag wordt altijd afgerond". Deze boodschap wordt op een duidelijke wijze meegedeeld in de onmiddellijke omgeving van de plaats waar de consument betaalt.

§ 4 De onderneming past de afronding ook toe op de totaalbedragen die ze in speciën aan de consument terugbetaalt. Wanneer ze in toepassing van artikel VI.7/1, § 2, het totaalbedrag ook afrondt bij de betaling op een andere wijze dan in speciën, past ze de afronding toe voor alle totaalbedragen die ze aan de consument terugbetaalt.

²⁹ <https://economie.fgov.be/nl/themas/verkoop/prijsbeleid/betalingen/afonden-van-cashbetalingen-de>

³⁰ Art. 4 en 5 wet van 2 mei 2019 houdende diverse bepalingen inzake economie, BS 22 mei 2019.

Op het eerste gezicht heeft artikel VI. 7/2 WER eerder een gesloten karakter. De eerste paragraaf bepaalt nauwkeurig in welke gevallen het totaalbedrag naar een lager dan wel een hoger veelvoud van vijf cent moet worden afgerond. In het onwaarschijnlijke geval³¹ dat een rechter geconfronteerd wordt met een inbreuk op deze paragraaf, zal deze weinig meer moeten doen dan de tekst van de wet letterlijk toepassen. De situatie zal evenwel anders zijn in het geval van een geschil met betrekking tot de derde paragraaf. Artikel VI. 7/2, §3 WER bepaalt dat een onderneming die ook in een afronding van de prijs voorziet voor andere betalingen dan in speciën, denk aan bijvoorbeeld betaling door middel van een betaalkaart, op een duidelijke wijze moet meedelen dat *“het totaalbedrag altijd wordt afgerond”* in de onmiddellijke omgeving van de plaats waar de consument betaalt. Hier zal een letterlijke toepassing van de wettekst weinig soelaas brengen. Wanneer is de informatie immers 'duidelijk' meegedeeld? Het zal de rechter zijn die moet oordelen op basis van de omstandigheden in het concrete geval of al dan niet sprake is van een duidelijke mededeling. Moet artikel VI. 7/2 WER nu gekwalificeerd worden als een gesloten dan wel als een open norm? Voor beide kwalificaties zijn argumenten te vinden. Een mogelijk criterium is om een norm meer open te kwalificeren naarmate minder gevallen van haar toepassing zijn uitgesloten.³² Het is echter duidelijk dat het antwoord op die vraag van weinig belang zal zijn voor de toepassing van de regel in de praktijk.

³¹ Onwaarschijnlijk gelet op de duidelijkheid van de wettekst en de minieme bedragen waar het over gaat.

³² M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 406.

Ondanks de betwistbaarheid van het onderscheid tussen gesloten en open normen, is de kwalificatie van redelijkheid als open norm essentieel om haar rol binnen ons rechtssysteem te begrijpen. Hoewel het misschien niet mogelijk³³ is om normen op te delen in een groep van gesloten of open normen, wilt dit niet zeggen dat alle rechtsregels hetzelfde open karakter vertonen. De onmogelijkheid om open normen precies af te bakenen, doet dan ook geen afbreuk aan hun bestaan. Om het voor de lezer toch enigszins bevattelijk te maken, en zonder dit te poneren als dé definitie ervan, wordt in deze masterproef onder open norm verstaan: een norm waarvan de inhoud niet op abstracte wijze vastgesteld kan worden, maar afhangt van de omstandigheden waarin de norm moet worden toegepast, en welke vastgesteld moet worden door concretisering, waarbij de norm op uiteenlopende omstandigheden van toepassing is.³⁴ Het belang van de kwalificatie van redelijkheid als open norm ligt in het feit dat de kritiek waaraan ze onderhevig is grotendeels gebaseerd is op de eigenschappen die deze kwalificatie met zich meebrengt.

³³ Ook het praktisch nut is betwifelbaar.

³⁴ Op basis van de invulling die HESSELINK en CLAEYS geven aan het begrip in respectievelijk: M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 37; I. CLAEYS, "Good faith and fair dealing in spanningsvelden" in *De Unidroit-principes inzake internationale handelscontracten (editie 2010) en arbitrage*, Bruylant, 2011, 82.

1.2.2 *Kritiek op open normen*

De voornaamste kritiek op open normen vloeit voort uit de rechterlijke autonomie die daar mee gepaard gaat. Aangezien de abstracte formulering van de rechtsregel voor de rechter van weinig waarde is bij het beslechten van een geschil³⁵, zal hij genoodzaakt zijn de regel te concretiseren in het kader van de feiten van de zaak. De inhoud van een open norm, zoals redelijkheid, kan immers niet in abstracto worden vastgesteld.³⁶ Wat al dan niet redelijk is, zal altijd afhangen van de concrete omstandigheden. De kritiek die hierop geformuleerd kan worden, is dat de uitkomst van het geschil niet bepaald wordt door de normen opgesteld door de wetgever, maar door het oordeel van de rechter binnen het (zeer) ruime kader van de open norm.³⁷ Hierna worden verschillende bezwaren tegen die rechterlijke rechtsontwikkeling besproken, maar eerst wordt er kort ingegaan op een historisch kader van de rechterlijke rechtsontwikkeling in ons rechtssysteem.

³⁵ G.J. WIARDA, "De rechter tegenover vage rechtsnormen", *RW*, 1973-74, 177; J. M. BARENBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 68.

³⁶ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 42.

³⁷ J. M. BARENBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 68; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 378 (in het kader van de goede trouw).

1.2.2.1 Rechterlijke rechtsontwikkeling

WIARDA vertrekt voor zijn analyse van rechterlijke rechtsontwikkeling van drie verschillende staatsinrichtingen die MONTESQUIEU voor ogen had, met daarin telkens een verschillende rol voor de rechter. De ideale staatsvorm volgens MONTESQUIEU is de republiek, waar welomschreven wetten en daaraan strikt gehoorzamende rechters een welhaast voorkomende rechtszekerheid waarborgen.³⁸ Welbekend in dit kader is volgende uitspraak van MONTESQUIEU: *“Les juges de la nation ne sont que les bouches qui prononcent les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur”*.³⁹ De tegenpool van deze republiek is de despotische staat, waar geen wetten zijn en de rechter oordeelt naar zijn eigen inzichten.⁴⁰ Tussen deze twee uitersten bevindt zich de monarchie waar de rechter de wet volgt wanneer deze precies is en op zoek gaat naar de geest van de wet wanneer ze dit niet is. WIARDA merkt op dat bij rechtsvinding de rechter elk van deze drie functies zal vervullen. In sommige gevallen zal hij niet meer moeten doen dan de wet letterlijk toepassen, in andere gevallen zal een interpretatie nodig zijn of zal hij aangewezen zijn op zijn eigen rechtsgevoel.⁴¹

³⁸ G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 13.

³⁹ De l'esprit des lois, XI, 6.

⁴⁰ G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 14.

⁴¹ Ibid.

Een rechtssysteem waarin elke situatie vooraf en concreet door de wet wordt geregeld, is een fictie. Het is onmogelijk om de complexiteit waardoor het samenleven getekend is vooraf vast te leggen in een systeem van wetten.⁴² HART zei hierover het volgende: “*It is a feature of the human predicament (and so of the legislative one) that we labour under two connected handicaps whenever we seek to regulate, unambiguously and in advance, some sphere of conduct by means of general standards to be used without further official direction on particular occasions. The first handicap is our relative ignorance of fact: the second is our relative indeterminacy of aim. If the world in which we live were characterized only by a finite number of features, and these together with all the modes in which they could combine were known to us, then provision could be made in advance for every possibility. We could make rules, the application of which to particular cases never called for a further choice. Everything could be known, and for everything, since it could be known, something could be done and specified in advance by rule. This would be a world fit for ‘mechanical’ jurisprudence*”.⁴³

⁴² N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 953-954; M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 400; P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, Die Keure, 2011, 34; J. M. BARENBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 69; H.L.A HART, *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 128; W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, N.V. Scriptoria, 1973, 64; B. VAN DEN BERGH, “« Recht zkt zekerheid » voor vaste relatie”, *RW*, 2010-2011, nr.9, 351; A. VERBEKE, “Rechtszekerheid en aansprakelijkheid in het familiaal vermogensrecht”, *RW*, 2011, nr. 39, 1657; S. VERSTRAELEN, *Rechterlijk overgangsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 30.

⁴³ H.L.A HART, *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 128.

De onwenselijkheid van zo een systeem is geïllustreerd door de evolutie in het juridisch denken onder de Duitse rechtsgeleerden in de negentiende en twintigste eeuw.⁴⁴ Omstreeks de helft van de negentiende eeuw ontstond de school van de '*Begriffsjurisprudenz*' waarbij de idee was om elk juridisch concept grondig te analyseren en te passen binnen het grotere systeem. Het uiteindelijke doel was om een volledig en gesloten rechtssysteem te maken dat elke mogelijk denkbare situatie zou omvatten en hier vervolgens zo goed als automatisch een juridische oplossing voor zou bieden. Als iemand het recht vervolgens wou toepassen, moesten enkel de relevante feiten aan de juiste concepten gekoppeld worden om het rechtsgevolg te bekomen.⁴⁵ Het systeem doet denken aan wat MONTESQUIEU voor ogen had in zijn ideale republiek: een gesloten systeem dat voorziet in zo goed als volledige rechtszekerheid. Een verschil is evenwel dat het systeem van '*Begriffsjurisprudenz*' ontwikkeld is door de doctrine en niet door de wetgever. Uiteindelijk werd het bijna mathematische systeem ingeruild voor een rechtssysteem dat focust op de beleidskeuzes die liggen achter juridische beslissingen: de '*Interessejurisprudenz*'. Juristen waren het er immers over eens dat: "... *life did not exist for the sake of concepts but, on the contrary, that the concepts were there to serve life's needs*".⁴⁶ Het was duidelijk geworden dat recht meer is dan louter het ingeven van een bepaald feitenrelaas in een juridische formule om een resultaat te krijgen. De premisse is dat achter elke vorm van juridische regulering zekere waarden en belangen zitten die beleidsmakers willen vastleggen, promoten of afwegen tegen andere belangen. Een beleidskeuze als het ware.⁴⁷ Als rechter, en ruimer, als jurist, is het dan ook niet de bedoeling om zich om te vormen tot een expert in deductieve logica. Nee, een goed jurist onderscheidt zich door de mate waarin hij de achterliggende waarde(n) van een rechtsregel kan achterhalen en toepassen op de relevante feiten. Na de Tweede Wereldoorlog is men nog verder gegaan in het zoeken naar die achterliggende waarden en was sprake van de '*Wertungsjurisprudenz*', waarbij wordt gezocht naar nog hogere en abstracte waarden die vervat zitten in de Grondwet en de positieve rechtsorde.

⁴⁴ B. MARKESINIS, H. UNBERATH en A. JOHNSTON, *The German Law of Contract: a comparative treatise*, Oxford, Hart, 2006, 12. Deze bron voorziet een kort overzicht van de evolutie in het Duitse rechtsdenken, voor een meer uitgebreide bespreking zie: K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlijn, Springer, 1975.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid. 13

⁴⁷ Ibid.

Het Duitse Grondwettelijk zei hierover het volgende:

*“Occasionally, the law can be found outside the positive legal rules erected by the state; this is law which emanates from the entire constitutional order and which has as its purpose the ‘correction’ of written law. It is for the judge to ‘discover’ this law and through his opinions give it concrete effect. The Constitution does not restrict judges to apply statutes in their literary sense when deciding cases put before them. Such an approach assumes a basic completeness of statutory rules which is not attainable in practice... The insight of the judge may bring to light certain values of society... which are implicitly accepted by the constitutional order but which have received an insufficient expression in statutory texts. The judge’s decision can help realize such ideas and give effects to such values”.*⁴⁸

Een systeem waarin abstracte rechtsregels moeten worden toegepast op concrete situaties vereist een rechter die deze rechtsregels interpreteert, aanvult en matigt om een aanvaardbaar resultaat te verkrijgen.⁴⁹ De geschiedenis heeft duidelijk gemaakt dat een exhaustief wettelijk rechtssysteem zowel onmogelijk als onwenselijk is. De onvoorspelbaarheid van de realiteit en het feit dat het recht een systeem van belangen en waarden is, pleit voor een systeem van menselijk ingrijpen en tegen een mechanische toepassing van op voorhand vastgelegde regels. De tussenkomst van de rechter is genoodzaakt door de verschillende problemen die zich kunnen voordoen bij het toepassen van abstracte rechtsregels op maatschappelijke geschillen.⁵⁰ Zo kan het niet helemaal duidelijk zijn of de feiten onder de rechtsregel(s) vallen, waardoor de rechter de regels en de feiten moet interpreteren. Rechtsregels zijn immers uitgedrukt in woorden, die op hun beurt (bijna) steeds voor interpretatie vatbaar zijn. Daarnaast kan het ook zijn dat de concrete situatie niet door de bestaande rechtsregels wordt geregeld. Het is immers niet mogelijk om op een bevredigende manier alle situaties door middel van rechtsregels a priori te vatten, zoals ook is duidelijk geworden in de evolutie naar de ‘*Wertungsjurisprudenz*’.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 399-400.

⁵⁰ Ibid.

Ten slotte kan het ook zijn dat aan alle voorwaarden is voldaan om een concrete rechtsregel toe te passen, maar dat er ook omstandigheden zijn waardoor de toepassing van de regel tot een onaanvaardbaar resultaat leidt.⁵¹ Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een man zijn vrouw vermoordt om aanspraak te maken op haar erfenis. Ondanks de nood aan rechterlijke tussenkomst, is er toch een zekere argwaan ten opzichte van rechtsontwikkeling door de rechter.

Het wantrouwen ten opzichte van de rechter die normerend optreedt, heeft een historische oorsprong.⁵² De bevoegdheden van de rechter zijn tijdens en door de Franse revolutie sterk aan banden gelegd. Gedurende het Ancien Régime waren de koninklijke rechtbanken bevoegd om ‘*arrêts de règlements*’ uit te vaardigen, dit waren arresten die bindende kracht hadden voor iedereen (*erga omnes*) in tegenstelling tot enkel voor de partijen in het geding (*inter partes*). In het geval dat een zaak werd voorgelegd waar het bestaande recht nog geen oplossing voor had, kon de rechtbank beslissen dat de regel toegepast in de voorliggende zaak in de toekomst zou gelden voor alle soortgelijke zaken. Na een tijdje werden, op vraag van het koninklijke hof of op eigen initiatief van de rechtbank, ook *arrêts de règlements* los van elk proces uitgevaardigd. Deze ‘*arrêts de règlements*’ waren dus eerder (materiële) wetten dan rechterlijke beslissingen. Daarnaast hadden de rechtbanken ook een deel van de wetgevende macht naar zich toegetrokken door middel van de registratie van Koninklijke wetten. Op het eerste gezicht lijkt deze registratie eerder een administratief doel te dienen, maar de rechtbanken formuleerden al snel adviezen over de wet, wat door hun deskundigheid wel werd geapprecieerd. Zo verkregen de rechtbanken al snel een raadgevende bevoegdheid, die trouwens niet beperkt bleef tot het wetstechnische aspect maar ook betrekking had op de opportuniteit van de wet. Tussen de Koning en de rechtbanken ontstond zelfs een machtsstrijd, waarbij de rechtbanken politieke druk uitoefenden door te weigeren om bepaalde beslissingen te registreren en zo de uitvoering te vertragen.⁵³

⁵¹ Ibid.

⁵² R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 32.

⁵³ Ibid. 32-33.

Het volk stond niet achter de rechterlijke macht.⁵⁴ Deze had immers in de eerste plaats opgetreden in functie van de Koning en zelfs wanneer ze als daadwerkelijk tegengewicht optrad tegen die laatste, was dit ten voordele van de adel en niet van de gewone burger. Het recht was bovendien erg verspreid over een reeks uiteenlopende bronnen die onderling maar weinig verenigbaar waren. Verder zorgde de willekeur van de individuele rechters en het feit dat uitspraken niet gemotiveerd moesten worden voor heel wat ergernis onder de bevolking. De bevoegdheid van de Koning om een zaak aan de rechterlijke macht te onttrekken en ze vervolgens door zijn eigen vertrouwelingen te laten beslechten, hielp natuurlijk niet. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het volk reikhalzend uitkeek naar codificaties van het recht die allesomvattend, eenvoudig te begrijpen en voor het hele land toepasselijk waren. Codificatie was in de eerste plaats een wapen tegen de rechterlijke macht.⁵⁵ Om te zorgen dat de door de volksvertegenwoordigers gemaakte wetten standhielden, moest de macht van de rechter sterk worden ingebonden. De taak van de rechter bestond uit een mechanische toepassing van de wet en een motiveringsplicht werd ingevoerd om willekeur te vermijden.⁵⁶

⁵⁴ Ibid. 32-36.

⁵⁵ R.C. VAN CAENEGEM, "Interactie tussen wetgever en rechter voor de Trias Politica", Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, 2.

⁵⁶ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 32-36.

De eerste stap naar een meer autonome⁵⁷ rechtspraak is gezet door de nood aan interpretatie. Gelet op het geschetste wantrouwen in de rechterlijke macht is het weinig verrassend dat de interpretatie van de wetgeving in de eerste plaats niet werd overgelaten aan de rechterlijke macht, maar aan de wetgever. Door de figuur van *'référé législatif'* werden rechtbanken verplicht zich in geval van nood aan wettelijke interpretatie te wenden tot het *'Tribunal de Cassation'*.⁵⁸ Dit rechtscollege, dat een deel uitmaakte van de wetgevende macht, had als taak om alle rechterlijke uitspraken waarin de wet onjuist werd toegepast nietig te verklaren en naar een andere rechtbank te verwijzen.⁵⁹ Als de wet na twee verbrekingen nogmaals verkeerd werd geïnterpreteerd, dan moest het *'Tribunal de Cassation'* zich tot de wetgevende macht richten die dan een interpretatieve wet moest uitvaardigen.⁶⁰ Het is duidelijk dat het om een omslachtig systeem gaat, dat vandaag de dag niet werkbaar is. Ook Portalis, een van de *'founding fathers'* van de Code Napoleon, zag de taak van interpretatie eerder weggelegd voor de rechter. Waar de wetgever moet voorzien in de principes die hij het meest geschikt acht voor het algemeen goed, is het aan de rechter om die principes om te zetten in de praktijk.⁶¹ De wet kan immers niet alles overzien, laat staan voorzien: *"Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé que mille questions innattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais"*.⁶²

⁵⁷ Autonoom als tegenhanger van een heteronome rechtspraak waar de rechter weinig meer moet doen dan de wet toepassen.

⁵⁸ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 36; G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 16; R.C. VAN CAENEGEM, "Interactie tussen wetgever en rechter voor de Trias Politica", Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, 1-2; P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, Die Keure, 2011, 59.

⁵⁹ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 36.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 16.

⁶² Ibid. 17.

Ondanks dat de Exegetische school de overheersende stroming binnen de rechtsleer was tot het einde van de negentiende eeuw, is de rechtspraak steeds ruimere interpretatietechnieken beginnen gebruiken.⁶³ De School van de Exegese of Exegetische school had als uitgangspunt dat de wetgeving vervat in de verschillende Codes als exclusieve rechtsbron geldt. In geval van interpretatieproblemen mocht de rechter het geschil enkel beslechten op basis van de tekst van de wet en/of argumenten *a contrario*, *a fortiori* of per analogie die hij hieruit kon afleiden. Het verouderen van de Code Napoleon leidde ertoe dat de rechtspraak zijn interpretatievrijheid steeds ruimer invulde. De binding aan de wettekst werd verlaten en de evolutieve en functionele interpretatie maakte hun intrede. Naast een ruimere interpretatie ging de rechtspraak ook over tot het aanvullen van het privaatrecht door middel van open normen en op basis van algemene rechtsbeginselen. Het Hof van Cassatie speelde in deze evolutie een cruciale rol, omdat via de cassatietechniek haar interpretatie en aanvulling wet is.⁶⁴

Bij het bespreken van de kritiek op rechterlijke rechtsontwikkeling, in het bijzonder in het kader van open normen, is het belangrijk om deze historische achtergrond in het achterhoofd te houden.

⁶³ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 38-40.

⁶⁴ *Ibid.*

1.2.2.2 Democratisch deficit

Het beslechten van een geschil door de (feiten)rechter op basis van een open norm zou de nodige democratische legitimiteit missen.⁶⁵ Een rechterlijke beslissing put haar democratische legitimiteit uit het feit dat ze genomen wordt op basis van een rechtsregel die via het democratisch verkozen parlement tot stand is gekomen. De rechter ontleent zijn gezag aan de wet.⁶⁶ Open normen komen in principe via datzelfde democratische proces tot stand. De rechter heeft evenwel zo een ruime beoordelingsmogelijkheid bij de invulling van de open norm dat niet meer kan beweerd worden dat dergelijke beslissing genomen is op basis van een democratisch vastgestelde wettelijke bepaling.⁶⁷ Sterker nog, zo stelt CORNELIS, worden jurisprudentiële rechtsregels en rechtsregels van wettelijke oorsprong, wanneer geconfronteerd met open normen, slechts ernstig genomen door de feitenrechter in de mate dat ze stroken met zijn beoordeling op basis van de door hem in aanmerking genomen feiten.⁶⁸ Het feit dat deze rechtsregels, die volgens hem wel democratisch legitiem zijn, onderworpen worden aan de toetsing van de open norm verhoogt haar ondemocratisch gehalte.⁶⁹ Met jurisprudentiële rechtsregels doelt CORNELIS op algemene en abstracte regels ontwikkeld door de rechtspraak die vooraf kenbaar en benoembaar zijn, omdat ze de (algemene en abstracte) toepassingsvoorwaarden en rechtsgevolgen aanwijzen.⁷⁰

⁶⁵ J. M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 69; G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 79-81; L. CORNELIS, "De achtereenkomst", in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen Intersentia, 2011, 69-81.

⁶⁶ G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 79-81.

⁶⁷ J. M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 69

⁶⁸ L. CORNELIS, "De achtereenkomst", in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 73.

⁶⁹ *Ibid.* 73-74.

⁷⁰ *Ibid.* 72.

CORNELIS maakt hier een onderscheid tussen rechtspraak als formele rechtsbron en rechterlijke beslissingen op basis van concrete omstandigheden, zoals bij de toepassing van een open norm. Het kan moeilijk betwist worden dat algemeen jurisprudentiële rechtsregels een grotere legitimiteit genieten dan individuele rechterlijke beslissingen. Legitimiteit en democratische legitimiteit is echter niet hetzelfde. De democratische controle die een burger kan uitoefenen op een jurisprudentiële regel zal immers even beperkt zijn als bij een individuele rechterlijke uitspraak. Het onafhankelijke statuut van de rechterlijke macht zorgt er immers voor dat zij aan geen enkel ander orgaan van de staat, inclusief de volksvertegenwoordiging, verantwoording is verschuldigd.⁷¹ Het bezwaar dat rechterlijke rechtsontwikkeling de nodige democratische legitimiteit mist, kan volgens mij dan ook niet beperkt worden tot de feitenrechter.

Interessant in dit kader is het criterium dat HESSELINK aanreikt om een onderscheid te maken tussen open normen en louter vaag geformuleerde rechtsregels.⁷² Hij stelt dat vaag geformuleerde rechtsregels slechts een open norm vormen als zij doelbewust door de wetgever worden open gelaten met het oog op de latere invulling hiervan door de rechter. Het is onbetwist, maar niet vrij van kritiek, dat de wetgever zijn normerende bevoegdheid soms doorschuift naar de rechter.⁷³ De vraag is of in het geval van een dergelijk ‘mandaat’ nog kan worden gesproken van een democratisch deficit. Volgens BARENDBRECHT alvast niet.⁷⁴

⁷¹ G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 81.

⁷² M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 38.

⁷³ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 969; R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 41; G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 27-28; M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 38; P. SCHOLLEN, *Maakt de rechter de wet?*, in P. POPULIER en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.) *Wie maakt de Wet?*, Brugge, Die Keure, 2006, 155; L. CORNELIS, “De achtereenkomst”, in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 78; H. COREMANS, J. DUJARDIN, B. SEUTIN, M. VAN DAMME en G. VERMEYLEN, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 124; P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, Die Keure, 2011, 34; S. VERSTRAELEN, *Rechterlijk overgangsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 38.

⁷⁴ J. M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 69.

Een vergelijking zou kunnen gemaakt worden met de delegatie door de wetgever van haar verordenende bevoegdheid aan de uitvoerende macht voor het regelen van een bepaalde materie. Het is dan ook interessant om kort op deze figuur in te gaan en eventueel te zoeken naar parallellen.

Het is opvallend, maar misschien niet verrassend, dat open normen en gedelegeerde wetgeving soortgelijke voor- en nadelen worden toegeschreven. Zo biedt gedelegeerde regelgeving soms grotere flexibiliteit en slagvaardigheid, maar werkt ze rechtsonzekerheid in de hand en kan ermee worden tekortgedaan aan de in de parlementaire besluitvorming vervatte waarborgen als het over een delegatie door de formele wetgever gaat.⁷⁵ In dat geval houdt de delegatie een (gedeeltelijk) verlies van democratische legitimiteit in.⁷⁶ Een eerste argument om te besluiten dat zelf het bewust openlaten door de wetgever van een norm deze niet noodzakelijk democratisch legitiem maakt.

Er zijn enkele modaliteiten die de nadelen van gedelegeerde regelgeving kunnen opvangen.⁷⁷ Zo kan de delegatie tijdelijk zijn, nood hebben aan bekrachtiging of voorwaardelijk zijn.⁷⁸ Kijken we naar open normen als een delegatie door de wetgever aan de rechter, dan is vooral de delegatie onder voorbehoud (van bekrachtiging) interessant. Open normen ontstaan immers niet alleen als delegatie door de wetgever, maar ook als een creatie van de rechtspraak.⁷⁹ Waar BARENDBRECHT de bewuste delegatie door de wetgever als democratisch legitiem beschouwt, stelt hij dat door rechtspraak gecreëerde open normen achteraf (impliciet) bekrachtigd moeten worden door de wetgever om de nodige democratische legitimiteit te bekomen.⁸⁰ Legitimatie achteraf is volgens hem onontkoombaar in de complexe samenleving waarin we leven, waar de wetgever niet als enige aan rechtsvorming kan doen. Ook DIRIX ziet in het feit dat de wetgever het laatste woord behoudt een basis voor de democratische legitimiteit van rechtspraak als rechtsbron.⁸¹

⁷⁵ H. COREMANS, J. DUJARDIN, B. SEUTIN, M. VAN DAMME en G. VERMEYLEN, *Beginnselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 183.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 41; J. M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 69.

⁸⁰ M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 69.

⁸¹ E. DIRIX, "Rechterlijk overgangsrecht", *RW*, 2008-2009, nr. 42, 1757.

Om de controle vereist voor een legitimatie *ex post* mogelijk te maken, is het essentieel dat de rechter duidelijk aangeeft op basis waarvan hij zijn beslissing maakt in plaats van louter te verwijzen naar de open norm.⁸² Zo stelt BARENDBRECHT dat: “*Controle door de wetgever en daarmee democratische legitimatie van regelgeving kan eigenlijk alleen plaatsvinden, indien de rechter maatstaven ontwikkelt die aan kritiek kunnen worden blootgesteld*”.⁸³ Ook CORNELIS ervaart het gebrek aan scherpere subregels als een probleem van open normen. Zo merkt hij op dat een open norm niet noodzakelijk een onbepaalde norm moet blijven.⁸⁴ Als voorbeeld geeft hij de algemene zorgvuldigheidnorm in het kader van de invulling van het foutbegrip in het aansprakelijkheidsrecht.⁸⁵ Eerst en vooral speelt deze open norm als een toepassingsvoorwaarde van het foutbegrip en dus niet als een autonoom werkzame open norm, die volgens CORNELIS leidt tot een inherent subjectief oordeel van de feitenrechter. Daarnaast is de algemene zorgvuldigheidnorm ingebed in een indrukwekkend kader van jurisprudentiële en wettelijke rechtsregels, waardoor ze verder is ingevuld in scherpere abstracte algemene criteria.⁸⁶ In het kader van redelijkheid neemt ook HESSELINK een vergelijkbaar standpunt in.⁸⁷ Aangezien volgens hem redelijkheid geen norm is, kan het ook niet als basis voor rechterlijke beslissingen dienen. De beslissingen zijn daarentegen genomen op basis van nieuwe rechtsregels die zijn ontstaan door het concretiseren, aanvullen en corrigeren van bestaande rechtsregels op een concreet geval. De rechter moet dan ook in zijn motivering opnemen welke regel hij heeft toegepast, wat de relevante omstandigheden hiervoor zijn en welk rechtsgevolg hieruit voortvloeit. Hoewel dit niet altijd eenvoudig zal zijn, is het belangrijk in het kader van de rechtszekerheid dat de rechter dit doet.⁸⁸ Gebeurt dit niet, dan maakt hij het voor de wetgever onmogelijk om controle uit te oefenen op het mandaat dat hij de rechter heeft gegeven. Ruimer gezien, onttrekken rechterlijke beslissingen zich aan het publieke debat door louter te verwijzen naar een open norm in plaats van aan te geven welke concrete regel ze op het geding hebben toegepast.

⁸² J. M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 69.

⁸³ Ibid.70.

⁸⁴ ; L. CORNELIS, “De achtereenkomst”, in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 78

⁸⁵ Ibid. 78-81.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 416-417.

⁸⁸ Ibid.

Het doelbewust delegeren van regelgevende bevoegdheid door de wetgever aan de rechter voorziet haar niet van democratische legitimiteit. Zoals is gebleken gaat het delegeren door de formele wetgever van haar regelgevende bevoegdheid gepaard met een verlies van democratische legitimiteit. Een mogelijke manier om hieraan tegemoet te komen, is door de (impliciete) bekrachtiging van de wetgever achteraf. Het gebrek aan scherpere subregels maakt de controle van de regels uitgevaardigd door de rechter evenwel onmogelijk, waardoor geen sprake kan zijn van een bekrachtiging van de democratische legitimiteit van de open norm. Daarnaast merkt KRUITHOF op dat de idee dat de wetgever volledig op de hoogte is van de draagwijdte van de rechtspraak berust op een fictie.⁸⁹ Wordt de vergelijking met de delegatie aan de uitvoerende macht verder doorgetrokken, dan zien we dat die delegatie aan bepaalde voorwaarden is gekoppeld.

Eerst en vooral heeft de regering een algemene uitvoeringsbevoegdheid, dit wil zeggen dat zij bevoegd is om de nodige maatregelen te nemen om een wet uitvoerbaar te maken.⁹⁰ Vergelijkbaar met hoe een rechter het recht op de feiten toepast, kan de regering uit het beginsel van de wet of de algemene economie de gevolgtrekkingen afleiden die op een natuurlijke wijze voortvloeien uit de geest en/of de doelstellingen van de wet.⁹¹ Daarnaast kan de wetgever ook de bevoegdheden die haar niet uitdrukkelijk zijn voorbehouden door de Grondwet delegeren aan de regering. Dit op voorwaarde dat hij hierbij de essentiële beleidskeuzes, die aan de regeling ten grondslag liggen, vastlegt.⁹² Ook de bevoegdheden die haar uitdrukkelijk zijn voorbehouden door de Grondwet zijn in principe delegerbaar, maar de uitvoerende macht zal enkel de essentiële elementen die reeds door de wetgever in de regeling zijn vastgelegd nader kunnen uitwerken.⁹³

⁸⁹ R. KRUITHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 69.

⁹⁰ H. COREMANS, J. DUJARDIN, B. SEUTIN, M. VAN DAMME en G. VERMEYLEN, *Beginnselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 188.

⁹¹ Ibid.

⁹² P. POPULIER, *De wet juridisch bekeken*, Brugge, Die Keure, 2004, 57; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en Y. HAECK, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 821-822; H. COREMANS, J. DUJARDIN, B. SEUTIN, M. VAN DAMME en G. VERMEYLEN, *Beginnselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 186.

⁹³ P. POPULIER, *De wet juridisch bekeken*, Brugge, Die Keure, 2004, 57; J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en Y. HAECK, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 818-819; H. COREMANS, J. DUJARDIN, B. SEUTIN, M. VAN DAMME en G. VERMEYLEN, *Beginnselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 189-190.

Uit het voorgaande blijkt heel duidelijk dat in elk scenario waar de formele wetgever haar normerende bevoegdheid delegeert aan de uitvoerende macht de essentiële elementen steeds vooraf moeten worden vastgelegd. De uitvoerende macht krijgt een heel duidelijk kader waarbinnen opgetreden kan worden. Het is hier dat het schoentje knelt voor open normen. Zelfs al heeft de formele wetgever bewust haar normerende bevoegdheid voor een bepaalde materie doorgeschoven naar de rechter, dan maakt dit de open norm nog niet democratisch legitiem. Er is immers geen parlementair debat geweest over de substantiële elementen van de norm.⁹⁴ Aangezien open normen niet democratisch legitiem zijn wanneer ze worden ingevoerd op initiatief van de wetgever zijn ze dit *a fortiori* niet wanneer ze onder impuls van de rechtspraak ontstaan. Rechters zijn immers geen vertegenwoordigers van het volk of de natie.⁹⁵ Belangrijker nog, door hun onafhankelijke statuut zijn ze geen verantwoording verschuldigd voor hun beslissingen aan het volk.⁹⁶ Om die reden houdt het argument van HESSELINK, dat de subjectiviteit eigen aan het rechtsoordeel niet problematisch is omdat ook parlementsleden naar hun eigen subjectieve inzichten zouden beslissen, geen steek.⁹⁷ Volksvertegenwoordigers kunnen immers bij de volgende verkiezingen worden afgerekend voor de beleidskeuzes die ze hebben gemaakt tijdens hun legislatuur, waar dit bij een rechter niet kan. Wel moet volgens mij kritisch gekeken worden naar de gelijkstelling van wetgeving met democratisch legitieme regelgeving.

⁹⁴ H. COREMANS, J. DUJARDIN, B. SEUTIN, M. VAN DAMME en G. VERMEYLEN, *Beginnselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 186. (In het kader van de delegatie door de wetgever aan de uitvoerende macht).

⁹⁵ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 75.

⁹⁶ G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 81; R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 75.

⁹⁷ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999,

De idee van parlement als bewaarder van de democratische legitimiteit van het recht is achterhaald door de politieke realiteit. Vandaag de dag ligt de macht over het besluitvormingsproces niet langer bij het parlement, maar bij de politieke partijen.⁹⁸ Het beeld van volksvertegenwoordigers die met elkaar in de clinch gaan in het parlement om de belangen van hun kiezers te vrijwaren, moet dan ook worden verlaten. Parlementariërs zijn in hoge mate afhankelijk van hun politieke partij om verkozen te worden.⁹⁹ Aangezien het de partij is die verzekert dat ze in het parlement zetelen, zijn parlementariërs in de praktijk zeer volgzaam partijleden.¹⁰⁰ De inspraak van de kiezer wordt door dit systeem beperkt. Hij zal niet langer beslissen wie er parlamentslid wordt, maar louter de stemgewichten onder de verschillende partijen verdelen.¹⁰¹ Bovendien wordt dat parlement soms zelfs verweten een ‘stemmachine’ te zijn, waarbij haar taak bestaat uit het slaafs goedkeuren van de beslissingen genomen door de politieke meerderheid in de regering.¹⁰² Zo merkt ook VAN GERVEN op dat wellicht: “... een dicht bij zijn rechtsonderhorigen levende rechter, en vooral dan een lagere rechter [...] meer gehoor kan geven aan de verlangens van de samenleving rondom hem dan een politicus die gebonden is door de richtlijnen uitgewerkt in het hoofdkwartier van zijn partij”.¹⁰³ Daarnaast zijn verkiezingsuitslagen een imperfecte voorstelling van de volkswil.¹⁰⁴ De bedoeling van deze kritische kijk is niet om deze voor te stellen als een diepgaande analyse van het Belgische politiek systeem. Wel is het belangrijk om te beseffen dat ook de democratische legitimiteit van regelgeving die tot stand komt via het parlement betwist kan worden. Dat is belangrijk, omdat bij het op de korrel nemen van open normen er met een even kritische bril naar de alternatieven moet worden gekeken.

⁹⁸ W. DEWACHTER, *De mythe van de parlementaire democratie*, Leuven, Acco, 2003, 370-375; H. VUYE, *Het parlement als wetgevende macht, historisch en prospectief*, in P. POPULIER en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Wie maakt de wet?*, Brugge, Die Keure, 2006, 20.

⁹⁹ W. DEWACHTER, *De mythe van de parlementaire democratie*, Leuven, Acco, 2003, 375.

¹⁰⁰ Ibid. 371-375.

¹⁰¹ Ibid. 375.

¹⁰² S. ANDRIES en C. VANSCHOUBROEK, “De Kamer herleid tot stemmachine”, *De Standaard*, 11 januari 2018.

¹⁰³ W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, N.V. Scriptoria, 1973, 149.

¹⁰⁴ G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 135.

1.2.2.3 Retroactieve toepassing van rechterlijk 'gevonden' normen

De problematiek van de retroactiviteit van rechterlijke regels is niet eigen aan open normen, maar wordt hierdoor wel in de hand gewerkt. Eenvoudig gesteld is het probleem de toepassing door de rechter van een nieuwe rechtsregel op feiten die aan die regel voorafgaan. Aangezien de invulling van een open norm is overgelaten aan het oordeel van de rechter, heeft deze laatste meer vrijheid om nieuwe regels uit te vaardigen. Indien een duidelijk en specifiek wettelijk voorschrift aanwezig is, zou de rechter in principe minder snel geneigd zijn om hiervan af te wijken.

Stel de volgende hypothese voor: een wettelijke regeling voorziet dat elke laattijdige levering een wanprestatie is die automatisch leidt tot de ontbinding van de overeenkomst. Al snel ziet de rechtspraak zich evenwel geconfronteerd met feitelijke situaties waarin de toepassing van deze regel tot zeer onbillijke resultaten leidt. Te denken valt aan situaties waarin de laattijdigheid het gevolg is van een situatie van overmacht. Bij overmacht gaat het klassiek om gebeurtenissen die zich voordoen buiten elk menselijk handelen om, die niet kunnen worden toegerekend aan de schuldenaar en leiden tot de niet-nakoming, niet-tijdige-nakoming of niet-behoorlijke nakoming van een contractuele verbintenis waarvoor de schuldenaar niet contractueel aansprakelijk kan worden gesteld.¹⁰⁵ Denk aan een situatie waarin een schuldenaar een goed moet leveren, maar dit niet (tijdig) kan doen omdat de wegen zijn vernield door een aardbeving. In de hypothese dat er geen wettelijke overmachtsbepaling is en dat partijen hierover ook niets zijn overeengekomen, beslist rechter X deze regel in zijn uitspraak toe te passen. Hij baseert zich hiervoor op de redelijkheid. Het is duidelijk dat de partij die de ontbinding van de overeenkomst vordert zich benadeeld zal voelen door de uitspraak die afwijkt van het tot dan toe (feitelijk¹⁰⁶) geldende recht. Tot op het moment van de uitspraak werd de overeenkomst immers steeds ontbonden ten nadele van de partij die laattijdig had geleverd.

¹⁰⁵ J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN, *Overmacht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 1-2.

¹⁰⁶ Wordt de declaratieve theorie gevolgd, dan zal het recht immers altijd geweest zijn dat er een overmachtsuitzondering bestond. Zie infra.

De rechterlijke autonomie die gepaard gaat met de open norm biedt op die manier vrijheid om nieuwe rechtsregels in bestaande gedingen te implementeren. Zo zal de goede trouw, bijvoorbeeld op grond van feitelijke, persoonlijke en maatschappelijke omstandigheden, geactualiseerde gedragsregels in een overeenkomst brengen, terwijl de omstandigheden intussen drastisch gewijzigd kunnen zijn.¹⁰⁷ Bovendien zal door het karakter van de open norm en de kritiek op rechterlijke rechtsvinding ertoe leiden dat de rechter deze nieuwe regel niet expliciet benoemt, maar louter naar de open norm verwijst. Wat niet alleen onzekerheid meebrengt voor de partijen in het geding, maar voor iedereen. Het zal immers onduidelijk zijn voor contractspartijen wanneer het wel of niet 'redelijk' is om een overeenkomst op te zeggen ten gevolge van een laattijdige levering.

Een rechterlijke beslissing waarin wordt afgeweken van het bestaande recht brengt het probleem van de retroactieve toepassing van de nieuwe regel vervat in de beslissing met zich mee.¹⁰⁸ Wordt er vertrokken van de declaratieve werking van de rechtspraak, dan worden de vastgestelde rechtsregels verondersteld altijd bestaan te hebben. De rechter stelt immers enkel de regels vast en maakt deze zelf niet.¹⁰⁹ Het is duidelijk dat deze juridische fictie in schril contrast kan staan met de overtuiging die tot dan onder de bevolking heeft geleefd.¹¹⁰ De burger zal immers zijn gedrag richten naar de regels waarvan hij overtuigd is dat zij het recht uitmaken, maar door de declaratieve werking kan het zijn dat door een beslissing jaren later dit niet langer overeenstemt met wat het recht voorschrijft. Het is dan ook heel moeilijk om aan de man in de straat uit te leggen dat hij ongelijk had het geldende recht te eerbiedigen.¹¹¹

¹⁰⁷ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 378.

¹⁰⁸ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 58-61; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 378.

¹⁰⁹ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 58.

¹¹⁰ *Ibid.* 59.

¹¹¹ *Ibid.*

Dergelijke beslissing is natuurlijk nog veel ingrijpender voor de partijen in het geding waarin de uitspraak wordt gedaan. Zo is het mogelijk dat de in het ongelijk gestelde partij “gestraft” wordt voor een plicht die nog niet bestond op het moment van de inbreuk, maar slechts achteraf in het leven is geroepen door de rechterlijke invulling van de norm.¹¹² Hoe meer tijd verstreken is tussen de feiten van het geding en de beslissing, des te sterker dat de argumenten tegen retroactieve toepassing klinken.¹¹³ Toch zijn er ook argumenten pro retroactieve toepassing. Wat als het nieuwe recht veel beter of rechtvaardiger is dan de oude regel? Moeten rechters dan wachten op de wetgever tot die het recht aanpast aan de gewijzigde opvattingen in de maatschappij? OST vat het perfect: “*Comment sans obscurantisme ou mauvaise foi s’opposer à ce que les lumières de la justice d’aujourd’hui n’ éclairent d’un jour nouveau les ténèbres d’ autrefois?*”¹¹⁴

Een bekende illustratie van de problemen die de retroactieve werking van rechtspraak kan veroorzaken, is het loodsen-arrest geveld door het Hof van Cassatie op 15 december 1983.¹¹⁵ Het Hof maakte daar een ‘plotse ommekeer’ in haar rechtspraak door voor het eerst te oordelen dat de Staat aansprakelijk is voor de fouten van zijn loods.¹¹⁶ Een loods is een van overheidswege bevoegd verklaarde en door de overheid benoemde persoon, die als taak heeft de kapitein van zijn schip te helpen wanneer een schip vanuit de zee de haven binnenvaart en omgekeerd.¹¹⁷ Voordat het Hof van Cassatie haar rechtspraak wijzigde, werd de loods beschouwd als een aangestelde van de kapitein, scheepseigenaar of scheepscharter waardoor artikel 1384 BW van toepassing was. De Staat was dan ook vrijgesteld van aansprakelijkheid bij aanvaring en de loodsen zelf waren enkel aansprakelijk voor fouten buiten het weten van de kapitein om.¹¹⁸

¹¹² R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 59.; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 378; S. VERSTRAELEN, *Rechterlijk overgangsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 50.

¹¹³ F. OST, “L’ heure du jugement” in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit le droit a-t-il pour vocation de durer*, Brussels, Bruylant, 1998, 95.

¹¹⁴ Ibid.96.

¹¹⁵ Cass. 15 december 1983, *RW*, 1984-1985, 1247-48.

¹¹⁶ F. BLANCQUAERT, “Het fenomeen retroactiviteit: een 'gevaarlijke' fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort?!” , *Jura Falc.*, 1996-1997, 18; R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 59.

¹¹⁷ F. BLANCQUAERT, “Het fenomeen retroactiviteit: een 'gevaarlijke' fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort?!” , *Jura Falc.*, 1996-1997, 16.

¹¹⁸ Ibid. 5

In haar arrest van 15 december 1983 heeft het Hof dit regime gewijzigd door te oordelen dat de Staat aansprakelijk is voor de fouten van haar loods, aangezien de kapitein geen enkel gezag heeft over de loods en de loods deel uitmaakt van een door de Staat georganiseerde dienst en onder diens uitsluitende bevoegdheid valt.¹¹⁹ De declaratieve werking van de beslissing van het Hof had als gevolg dat de Staat juridisch altijd aansprakelijk is geweest voor de fouten van haar loods. Volgens deze opvatting kan een rechter immers geen nieuw recht maken, maar enkel het bestaande recht 'declareren'.¹²⁰ Al snel werd duidelijk dat de beslissing van het Hof zware financiële repercussies had. Er volgden talrijke schadevergoedingsvorderingen van vroegere slachtoffers tegen de Belgische Staat, samen geraamd op een 3,5 miljard BEF (circa 86 762 610 EUR).¹²¹ De omvang van deze schadevergoedingen valt te verklaren door de hoge schadeclaims eigen aan het zeerecht.¹²² De overheid zag zich dan ook genoodzaakt om wetgevend op te treden. Met de wet van 30 augustus 1988¹²³ werd de aansprakelijkheidsregeling die van toepassing was vóór de beslissing van het Hof van Cassatie terug van toepassing verklaard met een terugwerkende kracht van dertig jaar. De rechterlijke beslissing werd op die manier dus tenietgedaan.

¹¹⁹ Ibid. 6

¹²⁰ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 58.

¹²¹ F. BLANCQUAERT, "Het fenomeen retroactiviteit: een 'gevaarlijke' fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort?!", *Jura Falc.*, 1996-1997, 36.

¹²² F. BLANCQUAERT, "Het fenomeen retroactiviteit: een 'gevaarlijke' fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort?!", *Jura Falc.*, 1996-1997, 19.

¹²³ Wet van 30 augustus 1988 tot wijziging van de wet van 3 november 1967 betreffende het loodsen van zeevaartuigen, *BS* 17 september 1988.

Naar aanleiding van dit wettelijk ingrijpen, volgden er procedures voor het Arbitragehof, het Hof van Cassatie, de Europese Commissie en uiteindelijk het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ingeleid door mensen die hun claim ten aanzien van de Belgische Staat in rook hadden zien opgaan.¹²⁴ Het was het EHRM dat uiteindelijk besloot, in haar arrest van 20 november 1995, dat de wet een schending betrof van de rechten van de eisers.¹²⁵ De wet vormde een inbreuk op de schadevergoedingen van de eisers, ingesteld voor 17 september 1988, die werden aangemerkt als eigendom in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol van de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens.¹²⁶ Vanwege haar strijdigheid met de Europese openbare orde kon de wet niet meer worden toegepast en deze werd dan ook zodanig gewijzigd dat haar retroactieve werking werd geschrapt.¹²⁷ De declaratieve werking, en dus retroactieve toepassing, van de uitspraak van het Hof van Cassatie bleef dus bestaan met alle gevolgen van dien. Het arrest illustreert dat ondanks dat er een noodzaak is aan rechtspraak die mee-evolueert met de maatschappij, dit toch serieuze problemen met zich kan meebrengen. De vraag is dan ook hoe hier eventueel aan tegemoet kan worden gekomen.

Een eerste en noodzakelijke stap is het verlaten van de fictie dat de rechter enkel het recht 'vindt' en niet zelf creëert.¹²⁸ Waar in het verleden misschien nog beweerd kon worden dat men niet klaar was voor een erkenning van rechtspraak als formele bron van het recht¹²⁹, mist dat argument vandaag de dag overtuiging.¹³⁰ In de huidige samenleving, gekenmerkt door complexiteit en versnelde verandering, kan de wetgever niet als enige normerend optreden. Bovendien is het duidelijk dat de rechter reeds lange tijd normerend heeft opgetreden, maar dit steeds in de schaduw moest doen door de argwaan ten aanzien van de rechterlijke macht.

¹²⁴ F. BLANCQUAERT, "Het fenomeen retroactiviteit: een 'gevaarlijke' fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort?!", *Jura Falc.*, 1996-1997, 27-31; M. DEBAENE en P. DEBAENE, "Overheidsaansprakelijkheid", in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV. Commentaar Verbintenissenrecht, Titel III hoofdstuk 13, 60.

¹²⁵ M. DEBAENE en P. DEBAENE, "Overheidsaansprakelijkheid", in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV. Commentaar Verbintenissenrecht, Titel III hoofdstuk 13, 60.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.* 61-62.

¹²⁸ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 60.

¹²⁹ *Ibid.* 60-61.

¹³⁰ F. BLANCQUAERT, "Het fenomeen retroactiviteit: een 'gevaarlijke' fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort?!", *Jura Falc.*, 1996-1997, 55; E. DIRIX, "Rechterlijk overgangsrecht", *RW*, 2008-2009, nr. 42, 1756-1757.

Een meer open politiek over het statuut van de rechterlijke macht zorgt ervoor dat er kan worden gefocust op de echte problemen van het intertemporeel recht¹³¹ in plaats van verstrikt te raken in de fictie van de declaratieve werking.¹³² OST stelt enkele manieren voor hoe aan het moeilijke evenwicht tussen rechtszekerheid en rechtmatigheid, dat de retroactieve toepassing van rechterlijke beslissingen kenmerkt, kan worden tegemoet gekomen.

Een eerste voorbeeld van een evenwichtige aanpak ziet OST in de rechtspraak van het EHRM.¹³³ Bij het beslechten van geschillen vertrekt het Hof bewust van een evolutieve interpretatie van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Het verdrag wordt daarbij niet beschouwd als lijnen waarbinnen het Hof moet kleuren, maar als het vertrekpunt van de redenering waarbij het EVRM in principe steeds in het voordeel van de individuele rechten moet worden uitgelegd. Een voorbeeld daarvan is een arrest van 22 oktober 1981, waarbij een Engelse wet, die homoseksuele relaties tussen toestemmende volwassenen strafbaar stelde, in strijd werd bevonden met het recht op privéleven ex artikel 8 EVRM. Het Hof wees op het beter begrip van homoseksuele relaties in de verschillende lidstaten die daar tot een wijziging van de wetten had geleid en de noodzaak voor het Hof om deze evolutie te volgen. Het gevaar van een evolutieve interpretatie is dat de scheidingslijn tussen interpreteren en wetgevend optreden vervaagt. Een belangrijke grens die evenwel wordt getrokken, is dat het Hof geen compleet nieuwe rechten in het EVRM mag lezen. *“La Convention et ses Protocoles doivent s’interpréter à la lumière des conditions d’aujourd’hui, mais la Cour ne saurait en dégager, au moyen d’une interprétation évolutive, un droit qui n’y a pas été au départ”*.¹³⁴

¹³¹ De term werd ontleend aan het doctoraat van Thijs Vancoppennolle: T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 930.

¹³² F. OST, “L’heure du jugement” in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit le droit a-t-il pour vocation de durer*, Brussels, Bruylant, 1998, 98.

¹³³ Ibid. 100-102.

¹³⁴ Ibid. 102.

Een andere methode van het EHRM is dat ze in een voorliggende zaak niet besluit tot een schending, maar zegt dat ze dit in de toekomst eventueel wel zal doen gelet op evoluties in de maatschappij of de wetenschap.¹³⁵ Die methode, waarbij een rechtscollege aankondigt in de toekomst een nieuwe rechtsoplossing te zullen aanvaarden zodat rechtsonderhorigen gewaarschuwd zijn en hun gedrag kunnen aanpassen, wordt ook wel ‘*prospective overruling*’ genoemd.¹³⁶ Het voordeel van de techniek is dat ze rechtszekerheid garandeert, aangezien de nieuwe regel geen gevolgen zal hebben voor de partijen in het voorliggende geding die deze onmogelijk hadden kunnen voorzien. Bovendien zullen de andere rechtsonderhorigen gewaarschuwd zijn en hun gedrag naar de toekomst toe kunnen aanpassen. Er is evenwel ook een belangrijk nadeel. De individuele rechtszoekende procedeert immers niet met het oog op de vooruitgang van het recht, maar in eigenbelang.¹³⁷ Neem het eerder aangehaalde voorbeeld waarbij de ontbinding van een overeenkomst wordt gevraagd op basis van een laattijdige levering die het gevolg is van overmacht. De rechter beslist dat een laattijdige levering niet tot ontbinding van de overeenkomst kan leiden wanneer ze het resultaat is van overmacht. Om de rechtszekerheid te bewaren, besluit hij evenwel dat deze nieuwe regel enkel voor de toekomst geldt waardoor de overeenkomst alsnog wordt ontbonden ten nadele van de partij die laattijdig heeft geleverd. Ondanks dat deze partij het dus juridisch bij het rechte eind heeft, zal ze toch geen aanspraak kunnen maken op de regel die (toch zeker gedeeltelijk) is ontstaan op basis van haar argumentatie. Het gevaar hiervan is dat burgers ontmoedigd worden om naar de rechter te gaan.¹³⁸ Ze zullen immers de kosten van het proces moeten dragen, maar geen aanspraak kunnen maken op de vruchten van de overwinning. Uiteindelijk leidt dit tot een stagnatie van de rechtsontwikkeling, die afhankelijk is van het brengen van (nieuwe) problemen voor de rechter.¹³⁹

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 60; F. OST, “L’ heure du jugement” in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit le droit a-t-il pour vocation de durer*, Brussels, Bruylant, 1998, 102; E. DIRIX, “Rechterlijk overgangsrecht”, *RW*, 2008-2009, nr. 42, 1755.

¹³⁷ E. DIRIX, “Rechterlijk overgangsrecht”, *RW*, 2008-2009, nr. 42, 1759.

¹³⁸ F. OST, “L’ heure du jugement” in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit le droit a-t-il pour vocation de durer*, Brussels, Bruylant, 1998, 115; E. DIRIX, “Rechterlijk overgangsrecht”, *RW*, 2008-2009, nr. 42, 1759.

¹³⁹ Ibid.

Een derde mogelijkheid om tegemoet te komen aan de problemen van retroactiviteit is door de rechter de gevolgen van zijn rechtspraak in de tijd te laten regelen. Te denken valt aan de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof om de gevolgen van haar arresten geveld in het raam van een vernietigingsberoep of een prejudiciële vraag (voorlopig) te handhaven.¹⁴⁰ Een recent voorbeeld waar het Grondwettelijk Hof van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt, is in haar arrest van 17 oktober 2019.¹⁴¹ Het Hof vernietigde de wet van 7 februari 2018 houdende de invoering van de effectentaks, maar handhaafde de gevolgen van de vernietigde bepalingen voor de taks die verschuldigd is voor de referentieperiodes die eindigen vóór of op 30 september 2019. Het besloot tot die handhaving vanwege de budgettaire en administratieve gevolgen en de gevolgen voor het gerechtelijk contentieux die uit het vernietigingsarrest zouden kunnen voortvloeien.¹⁴² Ook de Raad van State bezit over de bevoegdheid om de gevolgen van haar arresten te handhaven.¹⁴³ Het Hof van Cassatie beschikt in principe niet over deze bevoegdheid. Nochtans is het duidelijk dat als het Hof van Cassatie ten tijde van het loodsen-arrest hier wel over had beschikt dit heel wat problemen had kunnen voorkomen. Het Hof had dan simpelweg de gevolgen van de oude regeling kunnen handhaven tot op het moment van de uitspraak, waardoor de Staat niet zou geconfronteerd worden met schadevergoedingen voor fouten van haar loodsen uit het verleden. Ondanks het ontbreken van een wettelijke bepaling die het Hof deze bevoegdheid geeft, heeft het Hof volgens DIRIX en POPULIER zichzelf deze bevoegdheid toch toegekend in haar arrest van 20 december 2007.¹⁴⁴ Ook deze techniek is helaas niet vrij van problemen.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Respectievelijk art. 8, lid 3 en art. 28, lid 2 bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *BS* 7 januari 1989.

¹⁴¹ GwH 17 oktober 2019, nr. 138/2019.

¹⁴² *Ibid.* B.41.

¹⁴³ Art. 14ter Gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State, *BS* 21 maart 1973.

¹⁴⁴ Cass. 20 december 2007, *RW*, 2007-2008, 1368, met noot P. POPULIER; E. DIRIX, "Rechterlijk overgangsrecht", *RW*, 2008-2009, nr. 42, 1757.

¹⁴⁵ Voor een kritische kijk op de uitoefening van de handhavingsbevoegdheid door het Grondwettelijk Hof in het fiscale contentieux zie: F. DESMYTTERE en C. MESKENS, "Temporele modulering van (fiscale) arresten: pleidooi voor onderbouwde handhavingsbeslissingen", *AFT*, 2020/4, 5-29.

De problematiek van het rechterlijke overgangsrecht is interessant om te bespreken in het kader van open normen zoals redelijkheid. Niet alleen omdat open normen rechters voorzien van een grotere rechterlijke autonomie om nieuwe regels uit te vaardigen¹⁴⁶, maar ook omdat hetzelfde fundamentele probleem aan de oorsprong ligt. Besluit een rechter terug te komen op zijn eerdere rechtspraak, dan wordt deze nieuwe regel toegepast op feiten die er aan voorafgaan. Rechtspraak is immers noodzakelijk retroactief, in de zin dat een rechter enkel ten gronde kan beslissen over feiten die zich reeds hebben voorgedaan.¹⁴⁷ De partijen worden daarbij geconfronteerd met een nieuwe regel, waarvan zij het bestaan onmogelijk konden anticiperen. Een soortgelijk scenario doet zich voor wanneer een rechter besluit om een bestaande regel anders te interpreteren, aan te vullen of zelfs te matigen op basis van een open norm. Ook hier zal de partij niet de mogelijkheid hebben om te anticiperen op de open norm, die uit zijn aard niet vooraf in abstracto kan worden vastgesteld.¹⁴⁸ Een algemeen rechterlijk overgangsrecht bestaat niet en er bestaan verschillende manieren om aan de problematiek tegemoet te komen.

¹⁴⁶ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 378.

¹⁴⁷ F. OST, "L' heure du jugement" in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit le droit a-t-il pour vocation de durer*, Brussels, Bruylant, 1998, 93; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 452.

¹⁴⁸ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 42; L. CORNELIS, "De achtereenkomst", in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 54.

Volgens DIRIX is een algemeen rechterlijk overgangsrecht niet de oplossing, maar moet op basis van het concrete geschil gekeken worden of er nood is aan een rechterlijke overgangsmaatregel en zo ja welke. Relevante criteria voor die beslissing zijn: de kennelijke onevenredige gevolgen van de retroactieve werking, in het licht van rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel, en het algemeen belang. Bovendien zou de nood aan een overgangsregeling niet altijd even groot zijn. In een ongelijke rechtsverhouding mag de burger meer vertrouwen hebben in het recht dat eenzijdig wordt opgelegd. Daarnaast zal er bij een nieuwe regel die een zwakkere partij beoogt te beschermen minder nood zijn aan een overgangsmaatregel. Hij eindigt met de conclusie dat enkel van de terugwerkende kracht moet worden afgeweken in zeer uitzonderlijke gevallen, namelijk wanneer het om een onmiskenbare wijziging van de rechtspraak gaat die niet voorspelbaar was en zo het vertrouwen van de rechtszoekenden schaadt.¹⁴⁹ We zien dat de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de temporele werking van de rechtspraak bij de rechter zelf wordt gelegd, die geacht wordt het best in staat te zijn om te oordelen over de werking in de tijd van zijn beslissing.

¹⁴⁹ E. DIRIX, "Rechterlijk overgangsrecht", *RW*, 2008-2009, nr. 42, 1760.

1.2.2.4 Subjectiviteit van de rechter

De grotere rechterlijke vrijheid die open normen bieden¹⁵⁰, brengt het gevaar met zich mee dat de persoon van de rechter een grotere rol gaat spelen in de beoordeling.¹⁵¹ Open normen kunnen immers niet in abstracto worden bepaald, maar moeten steeds geconcretiseerd worden door de rechter op basis van de omstandigheden van het geding.¹⁵² De nood aan concretisering is evenwel niet exclusief voor open normen, maar eigen aan alle rechtsnormen die uit hun aard algemeen en hypothetisch zijn geformuleerd.¹⁵³ Toch zou de situatie voor een rechter anders zijn wanneer hij moet oordelen op basis van een eerder gesloten norm, dan wanneer hij moet oordelen op een zeer open norm zoals redelijkheid. Bij een eerder gesloten norm zal de rechter in principe kunnen terugvallen op de algemene en hypothetische formulering van de norm, terwijl een open norm steeds afhankelijk zal zijn van de omstandigheden van het geval. Zo is redelijkheid op zich een inhoudsloos begrip. Het zoeken naar een definitie van dit begrip is een eerder filosofische aangelegenheid en biedt maar een beperkte juridische meerwaarde. Vraag aan tien verschillende mensen wat redelijkheid is en de kans bestaat dat je tien verschillende antwoorden krijgt. Hetzelfde is denkbaar wanneer je mensen een feitenrelaas voorlegt met de vraag of ze een bepaalde oplossing redelijk vinden.

¹⁵⁰ J. M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 70; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 378.

¹⁵¹ G.J. WIARDA, "De rechter tegenover vage rechtsnormen", *RW*, 1973-1974, nr. 4, 181.

¹⁵² M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 42; L. CORNELIS, "De achtereenkomst", in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 54.

¹⁵³ F. OST, "L' heure du jugement" in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit le droit a-t-il pour vocation de durer*, Brussels, Bruylant, 1998, 92; P. Taelman en G. Verschelden, *Basisbegrippen van het recht*, Leuven, Acco, 2017, 15.

Neem bijvoorbeeld de vraag of het redelijk is om een overeenkomst te ontbinden wanneer de schuldenaar laattijdig levert als gevolg van een overmachtssituatie. Het is zeer waarschijnlijk dat het antwoord zal afhangen van de persoon die wordt bevroegd. De een zal bijvoorbeeld wijzen op het feit dat de schuldeiser afhankelijk is van de tijdige levering door de schuldenaar om aan zijn eigen verplichtingen te voldoen, waardoor het niet meer dan 'redelijk' is de schuldeiser het recht te geven de overeenkomst te ontbinden wanneer dit niet gebeurt. Iemand anders zal misschien meer belang hechten aan de factor van overmacht en het 'onredelijk' vinden om de schuldenaar te sanctioneren voor iets dat buiten diens controle ligt. Het antwoord zal dus verschillen naargelang de invulling die het individu aan redelijkheid geeft en hoe hij/zij de verschillende omstandigheden van het geval weegt. De kritiek is dat dit misschien aanvaardbaar is wanneer dergelijk geval voorlegd wordt aan een burger, maar dat van een rechter wordt verwacht dat hij een objectief oordeel velt. Is het niet logisch dat een geschil wordt beslecht op basis van het recht en niet door de persoonlijke opvattingen van de rechter die toevallig die dag zetelt?

Een fundamentele vraag in het kader van open normen, en ruimer, rechterlijke rechtsontwikkeling, is hoe een rechter een geschil moet beslechten wanneer het bestaande recht niet in een (duidelijke) richtlijn voorziet. Volgens WIARDA ligt de verantwoordelijkheid bij de rechter zelf, die zijn beslissing moet steunen op objectieve aanknopingspunten in plaats van subjectieve inzichten.¹⁵⁴ Het is belangrijk dat de rechterlijke beslissing niet alleen overeenstemt met zijn eigen rechtsgevoel, maar ook de doelgroep waar zij voor bestemd is. Die objectieve aanknopingspunten zijn de normen, beginselen en rechtsovertuigingen die aanwezig zijn in het rechtssysteem waarin hij zijn taak vervult. De beginselen die aan de grondslag liggen van het systeem kan de rechter op twee manieren achterhalen. Ze zullen zich door hun evidentie aan hem opdringen of hij zal de leidende gedachten kunnen afleiden uit de bestaande wetgeving en rechtspraak.¹⁵⁵

¹⁵⁴ G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 83-84.

¹⁵⁵ *Ibid.* 87-93.

De rechtsbeginselen zijn echter slechts een deel van het antwoord. Inderdaad, de beginselen die aan de basis liggen van een wettelijke regeling kunnen niet altijd worden doorgetrokken naar situaties die daarbuiten vallen. Bovendien heeft niet elk beginsel een even sterke gelding en vormen de beginselen geen weldoordacht systeem, waardoor ze soms onderling onverenigbaar zijn. De rechter moet dan een keuze maken tussen de beginselen op basis van zijn eigen rechtsgevoel en de persoonlijke en maatschappelijke belangen die in het geschil meespelen. WIARDA beseft dat rechtsbeginselen of algemene rechtsovertuigingen slechts een beperkte houvast bieden voor de rechter.¹⁵⁶

Het ontbreken van een 'algemene rechtsovertuiging' over de invulling van redelijkheid wil niet zeggen dat de rechter deze slechts marginaal zou mogen toetsen.¹⁵⁷ Eerder werd reeds geïllustreerd dat het heel moeilijk is, om niet te zeggen onmogelijk, om aan 'de redelijkheid' een universele invulling te geven. Toch zou het mogelijk zijn om consensus te vinden over gevallen die in hoge mate onredelijk zijn, omdat elk redelijk mens die op dezelfde manier zou beoordelen. Het gaat dus om situaties die zo onredelijk zijn, dat er eigenlijk geen discussie over kan bestaan. Het feit dat de rechter eigenlijk alleen in die gevallen zeker kan zijn dat zijn oordeel zal overeenstemmen met de algemene rechtsovertuiging, wil voor WIARDA niet zeggen dat hij zijn beoordeling tot die gevallen moet beperken. De rechter moet een volledige toetsing doen en op grond van zijn eigen oordeel over de redelijkheid of onredelijkheid een beslissing nemen. Toch zijn er gevallen waar de rechter zijn oordeel moet beperken tot een marginale toetsing, dit is een toetsing waarbij de rechter enkel tussenkomt in gevallen waarbij er een evident gebruik is van een vrijheid die geen eerbiediging waard is.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid. 93-94

Interessant is dat WIARDA enkel reden ziet voor een marginale toetsing wanneer hier een specifieke rechtsgrond voor bestaat, zoals bijvoorbeeld de keuze van de partijen om met betrekking tot een technische aangelegenheid van het contract een beroep te doen op het bindend advies van een deskundige.¹⁵⁸ Het zou nochtans niet onlogisch zijn om de omgekeerde redenering te maken. De rechter komt immers tussen in de rechtsverhouding van partijen op basis van zijn eigen oordeel over wat al dan niet redelijk is. Zou het niet logischer zijn om de rechter op te roepen tot enige terughoudendheid wanneer hij zijn persoonlijk oordeel boven dat van de partijen plaatst? WIARDA merkt op dat de rechter altijd een extra behoedzaamheid in acht zal nemen wanneer hij een open norm toepast.¹⁵⁹ De vraag is evenwel in welke mate dat deze veronderstelling ook daadwerkelijk overeenstemt met de realiteit. Toch ga ik akkoord met de redenering dat de rechter bij open normen zich niet moet houden aan een marginale toetsing. Het criterium van een zeer hoge mate van onredelijkheid is even vaag als de invulling van redelijkheid zelf. Waar ligt immers de grens tussen een zeer hoge mate van onredelijkheid, die een rechterlijke tussenkomst rechtvaardigt, en een hoge mate van onredelijkheid, waarbij de rechter zich terughoudend moet opstellen?

WIARDA reikt de 'vergelijkingsmethode' aan als een instrument voor de rechter wanneer deze moet terugvallen op zijn eigen oordeel. Om een onzekere situatie te proberen beslechten, moet hij zich andere gevallen voor de geest halen waarbij de beslissing minder twijfelachtig is. Deze verwante hypothesen zullen meer zekerheid bieden, omdat er voor deze gevallen wel wettelijke of jurisprudentiële regels zijn of de oplossing zich door haar evidentie opdringt.¹⁶⁰ Om te beoordelen of een partij zich in een concrete situatie redelijk heeft gedragen, zal de rechter dan gevallen moeten inbeelden waar het gedrag in soortgelijke omstandigheden (over)duidelijk redelijk of onredelijk is. De objectiviteit zit dan in het feit dat deze verwante hypothesen wel op basis van objectieve maatstaven kunnen worden beslecht, namelijk de bestaande regelgeving of de algemene rechtsovertuiging, en zo dienen als objectieve aanknopingspunten voor het voorliggende geschil.

¹⁵⁸ Ibid. 93-100.

¹⁵⁹ Ibid. 102.

¹⁶⁰ Ibid. 107-110.

De vergelijkingsmethode zou al door veel rechters gebruikt worden, maar slechts zelden in hun motivering terug te vinden zijn.¹⁶¹ De persoonlijkheid van de rechter zal zelfs met de vergelijkingsmethode een grote rol blijven spelen, maar dat subjectieve element zal er altijd zijn. Ook wanneer de rechter voor zijn beslissing kan terugvallen op een wettelijke regeling zal zijn persoonlijkheid een rol spelen bij de concretisering van het recht op de feiten.¹⁶²

De visie van WIARDA getuigt van een zeker vertrouwen in de rechter. Bij afwezigheid van reeds bestaande regels is de rechter aangewezen op zijn eigen rechtsgevoel. Hij zou daarbij moeten zoeken naar objectieve aanknopingspunten, waarbij de vergelijkingsmethode dan zou kunnen helpen. Waar de vergelijkingsmethode eventueel een hulpmiddel kan zijn voor de rechter, zullen de partijen hier maar weinig boodschap aan hebben. Het zal de persoonlijke afweging van de rechter zijn die beslist over hoe zij zich hadden moeten gedragen. Wat maakt de individuele afweging door de rechter beter dan die van de partijen? Bovendien geeft WIARDA zelf aan dat hoewel het een veelgebruikte methode onder rechters zou zijn, dit slechts in beperkte mate tot uiting komt in hun beslissingen.¹⁶³ Moeten partijen er dan maar blindelings op vertrouwen dat de rechter zijn beslissing op basis van objectieve aanknopingspunten neemt? Zelfs al zou de rechter de hypothetische gevallen onder woorden brengen in zijn beslissing, dan blijft de keuze van die verwante hypothesen en de appreciatie van hun verhouding tot het voorliggende geval, beïnvloed door de persoon van de rechter. WIARDA is zich hier van bewust, maar oppert dat de persoonlijkheid van de rechter een inherente factor van de rechtsvinding is.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid. 116.

¹⁶³ Ibid. 110.

Voor VAN GERVEN is de rechtsuitoefening tot op zekere hoogte steeds een beleidsactiviteit. Bij het toepassen van het recht kiest de jurist een van de verschillende alternatieven van het systeem op basis van een beredeneerd waardeoordeel.¹⁶⁴ Een belangrijk inzicht daarbij is dat de rechtsregel niet vooraf bestaat en vervolgens wordt toegepast op de concrete feiten, maar dat de regel een resultaat is van de concrete feiten waarop hij wordt toegepast.¹⁶⁵ Zo is een rechtsregel eerder een leidraad bij het oplossen van een probleem, dan een vooraf bindend gegeven dat de oplossing dicteert.¹⁶⁶ De rechtsregel heeft een voorspellende waarde doordat hij aangeeft hoe geschillen in de toekomst opgelost kunnen worden, maar ook een normerende waarde omdat mensen (inclusief rechters en juristen) zich erdoor gebonden voelen. Een rechtsregel is geen dogma, maar een dynamisch gegeven. Elke rechtsregel heeft een zekere speelruimte waarbinnen er ruimte is voor dialoog.¹⁶⁷ Elke norm is dus open niet alleen omdat ze in algemene bewoording is opgesteld, maar ook omdat haar toepassing op een concrete situatie ruimte laat voor rechterlijke vrijheid.

Het rechtsvindingproces is onderhevig aan subjectiviteit.¹⁶⁸ Het vinden van een oplossing voor een juridisch probleem is geen lineair proces. Er wordt niet vertrokken van een analyse van de feiten om vervolgens te kijken welke regel het geval oplost of omgekeerd. In de plaats daarvan zal een rechter bij de selectie van de feiten reeds enkele mogelijke toepasselijke regels in het achterhoofd hebben en zal ook bij de selectie van de regels rekening gehouden worden met de concrete feituur. Zowel aan de normkant als aan de kant van de feiten zal dus sprake zijn van een keuze. Een keuze om bepaalde feiten als relevant te kwalificeren en een keuze voor een regel wanneer er misschien andere (tegenstrijdige) regels van toepassing zouden kunnen zijn of de regel op een andere manier kon worden aangewend.

¹⁶⁴ W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, N.V. Scriptoria, 1973, 9.

¹⁶⁵ Ibid. 10.

¹⁶⁶ Ibid. 129.

¹⁶⁷ Ibid. 130.

¹⁶⁸ Ibid. 130-133.

Een minder subjectief element van dit proces ziet VAN GERVEN in de aard van de zaak of de *'Natur der Sache'*. Het is een begrip dat moeilijk te vatten is, maar als ik het goed begrijp, is het de oplossing die de maatschappelijke context zelf aanreikt. Een oplossing die enigszins 'logisch' voortvloeit uit een praktische kijk op de maatschappelijke realiteit. VAN GERVEN omschrijft het begrip zelf als volgt: *"het verwijst, dunkt me, naar de oplossing die meestal na een nacht slaap opkomt wanneer men moe gezocht en uitgeput in theoretische constructies in staat is het probleem tot zijn reële dimensies te herleiden; het is de oplossing die zich opdringt wanneer men na een ingespannen aftasten van alle mogelijke juridische technieken, achterover leunt en het resultaat bekijkt met de ogen van een leek"*.¹⁶⁹ De aard van de zaak wijst op die manier in de richting van bepaalde oplossingen of sluit andere oplossingen uit die tot een wereldvreemd resultaat zouden leiden.¹⁷⁰

Naast de aard van de zaak, zullen de belangen en waarden in het geschil de beslissing van de rechter bepalen. Belangen zijn de directe baten waar de partijen aanspraak op maken, zoals bijvoorbeeld de ontbinding van een overeenkomst of het bekomen van een echtscheiding. De waarden daarentegen overstijgen het niveau van het geding en hebben een maatschappelijk belang, zoals bijvoorbeeld het belang van een duurzame levensgemeenschap tussen man en vrouw versus dat van individuele vrijheid. Een rechter zal in zijn beslissing verder moeten kijken dan de belangenstrijd van de partijen en rekening moeten houden met de ruimere maatschappelijke waarden. De beslissing inzake het waardenconflict gebeurt op basis van een waardenschaal, waarbij de verschillende waarden tegen elkaar worden afgewogen. Die afweging gebeurt volgens de regels van het grensnut-principe. Elke waarde is op zichzelf het waard om na te streven, maar niet alle waarden kunnen op een bepaald ogenblik verwezenlijkt worden. De middelen zijn daarvoor te schaars en de waarden kunnen onderling tegenstrijdig zijn. De beslissing om de verwezenlijking van een bepaalde waarde te laten prevaleren op een andere wordt gemaakt op basis van het grensnut of marginaal nut, namelijk: is een bijkomende maat van waarde A minder waardevol dan een bijkomende maat van waarde B, dan zal deze laatste de voorkeur krijgen.¹⁷¹

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid. 133-143.

Een criterium om die relatieve meerwaarde te bepalen ontbreekt evenwel, waardoor het ook hier weer een kwestie van evenwichtsgevoelen is door de rechter. Het bepalen van de waardenschaal mag niet gebeuren op basis van de persoonlijke mening van de rechter, maar hoe dan wel?¹⁷²

De taak van de rechter bestaat er in een beslissing te vellen die een zo groot mogelijke consensus onder de partijen, en ruimer, de waarden in de samenleving vindt. Recht is geen wetenschap van absolute waarheden, maar kan steeds in vraag worden gesteld. Iets wordt dan ook pas als juridisch 'waar' beschouwd mits er een consensus over bestaat die groot genoeg is. De beslissing om in de concrete omstandigheden van het geval waarde B te laten prevaleren op waarde A moet de rechter dan ook nemen op basis van het feit dat daar in de samenleving een voldoende consensus voor te vinden is. Hetzelfde geldt voor de beslissing om het belang van de ene partij te laten zegevieren op dat van de andere partij. De hamvraag is natuurlijk hoe een rechter moet achterhalen of er een consensus bestaat onder de bevolking, en zo ja, voor welke waardenprioriteit. Een eerste manier is door het raadplegen van de wet. De wet is immers het resultaat van een stemming door een representatieve meerderheid over een bepaalde waardenschaal en veronderstelt dus een zekere maatschappelijke consensus hierover. Desondanks is het slechts een weergave van de waardenschaal op een bepaald moment in de tijd. Afwijken moet dus kunnen, maar enkel wanneer de rechter ervan overtuigd is dat er zich een andere eensgezindheids- of meerderheidsconsensus in de samenleving heeft gevormd. Is er geen consensus, dan mag de rechter genoeg nemen met de meerderheidsopvatting. Een wet is immers ook het resultaat van een meerderheidsstemming en anders beslissen zou willen zeggen dat de rechter ook niet op de wet mag terugvallen, wat natuurlijk absurd is. Sterker nog, het moet zelfs kunnen dat de rechter soms een minderheidsopvatting steunt. Het is voor de rechter immers moeilijk om uit te maken wat de meerderheidsopvatting juist is. Bovendien moet soms ook de meerderheidsopvatting bijgestuurd worden, het Hitlerregime is hier een sprekend voorbeeld van. Wordt de rechter geconfronteerd met twee overtuigingen waarbij geen van beiden op een consensus of meerderheidsopvatting steunt, dan mag de rechter zelf een van de twee kiezen. Daar ziet VAN GERVEN de ruimte voor een rechterlijke beleidsfunctie.¹⁷³

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ibid.146-152.

Volgens VAN GERVEN is het verantwoord dat de rechter soms beleid voert. Ten eerste omdat zijn beslissing niet verder gaat dan het concrete geschil. Wordt er later een soortgelijke situatie voorgelegd, dan heeft hij immers de kans om zijn eerdere oordeel opnieuw in vraag te stellen. Het lijkt belangrijk om rechter hier als feitenrechter te lezen, neemt het Hof van Cassatie een (beleids)beslissing dan zullen de gevolgen ongetwijfeld verder reiken dan de zaak waarin ze is uitgesproken. Daarnaast is het belangrijk voor een democratie dat alternatieve visies soms steun krijgen, aangezien het mogelijk is dat die ideeën op lange termijn juist de meerderheidsopvatting vormen.¹⁷⁴ Denk bijvoorbeeld aan de evoluties in het personen- en familierecht van de afgelopen eeuw. Om de legitimiteit van het systeem te waarborgen is er nood aan enkele garanties. Om te arbitraire beslissingen te vermijden verwijst VAN GERVEN naar volgende criteria geformuleerd door de Amerikaan FULLER: een systeem van algemene regels die bekend worden gemaakt aan iedereen op wie ze van toepassing zijn, zonder terugwerkende kracht, geformuleerd op een klaar en duidelijke manier, niet tegenstrijdig en die niet het onmogelijke opleggen, zo constant mogelijk zijn en met zo een klein mogelijk verschil tussen de regel en de handelswijze van de overheid.¹⁷⁵ De criteria van FULLER, die oorspronkelijk voornamelijk zijn geformuleerd als voorwaarden voor het formuleren van algemene regels, garanderen geen rechtvaardige beslissing maar enkel een niet-arbitraire.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Ibid. 152.

¹⁷⁵ Ibid. 124.

¹⁷⁶ Ibid. 141.

Om de legitimiteit van het systeem verder te garanderen, ziet VAN GERVEN twee belangrijke waarborgen. Het systeem en de persoon van de rechter. Een rechter mag een bepaalde waarde pas aan zijn beslissing ten grondslag leggen, als hij hier aanknopingspunten voor vindt in het rechtssysteem. Moeilijk zou dit in principe niet mogen zijn, aangezien het systeem zich leent tot het verdedigen van verschillende waardenprioriteiten. Toch is het belangrijk. Het wijst namelijk op een zekere draagkracht binnen het systeem en een mogelijkheid tot (toekomstige) consensus. Daarnaast biedt het systeem soms een waarborg tegen arbitraire beslissingen, aangezien dat het enkele waarborgen moet bevatten, zoals die geformuleerd door FULLER. Voor het vinden van aanknopingspunten verwijst hij naar de vergelijkingsmethode van WIARDA als een van de opties. Ook is het noodzakelijk dat de rechter in zijn motivering uiteenzet hoe zijn beslissing in het systeem past: hoe verhoudt de gekozen waardenprioriteit zich tot de waardenschaal. Daarnaast is het de rechter zelf die de legitimiteit van het systeem moet waarborgen door een grote omzichtigheid aan de dag te leggen. VAN GERVEN is er zich van bewust dat in welke mate een rechter deze omzichtigheid aan de dag legt, en ruimer, hoe hij het waarden- en belangenconflict beslecht, afhankelijk zal zijn van zijn persoonlijkheid.¹⁷⁷

CORNELIS is bijzonder kritisch voor de manier waarop open normen de persoonlijkheid van de rechter in het geding, maar vooral in een overeenkomst tussen partijen, betrekken.¹⁷⁸ Aangezien een open norm inhoudsloos is zonder concretisering op basis van de omstandigheden, hangt de gedragsregel(s) die uit de norm wordt afgeleid af van twee zaken: (een verre echo van¹⁷⁹) de feiten van de zaak en de persoonlijkheid van de feitenrechter. Er is immers geen wettelijk voorschrift waaraan de rechter zich kan vasthouden of, voor CORNELIS misschien wel belangrijker, door gebonden is. Het is de rechter die dan naar eigen inzichten gaat oordelen hoe partijen zich hadden moeten gedragen. Het zijn niet zozeer die subjectieve inzichten op zich die hem dwarszitten, maar het feit dat de contractuele afspraken van partijen en andere rechtsregels hier voor moeten wijken. Het is nochtans logisch dat er geen sprake kan zijn van een ongebreidelde contractvrijheid en dat hier door het recht beperkingen worden aan gesteld.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Ibid. 156-160.

¹⁷⁸ L. CORNELIS, "De achtereenkomst", in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 51-85.

¹⁷⁹ Zie 2.1 voorwerp van onenigheid

¹⁸⁰ Zie infra 2.3.4.

CORNELIS is zich hier ongetwijfeld van bewust, maar de tekortkomingen van open normen maken het voor hem geen rechtsregels waardoor de inmenging in de contractuele relatie onaanvaardbaar is. De kritische kijk van CORNELIS is een meerwaarde. Het legt de pijnpunten van open normen bloot en is om die reden al meermaals besproken in deze masterproef . Waar auteurs zoals WIARDA en VAN GERVEN proberen te beschrijven hoe een rechter geschillen zou moeten beslechten wanneer hij over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt, wil dit niet zeggen dat dit ook overeenstemt met wat er in de praktijk gebeurt. Het kan perfect zijn dat een rechter wanneer hij een zekere beoordelingsvrijheid heeft niet op zoek gaat naar welke oplossing door het systeem of de samenleving wordt gedragen, maar louter beslist op basis van wat hij de juiste oplossing vindt. Wel moet opgemerkt worden dat CORNELIS de rol die de rechter speelt in elk geding buiten beschouwing laat. Open normen geven de rechter ongetwijfeld meer vrijheid, maar in zijn rechtssprekende functie heeft hij zo goed als altijd een zekere appreciatiemarge.¹⁸¹

¹⁸¹ Drie typen van rechts; W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, N.V. Scriptoria, 1973, 132-33; G.J. WIARDA, "De rechter tegenover vage rechtsnormen", *RW*, 1973-74, 83-84.

In 'How Judges Think'¹⁸² gaat POSNER op zoek naar descriptieve theorie over de rechterlijke activiteit. Een onderzoek naar hoe rechters daadwerkelijk tot hun beslissing komen in de plaats van hoe zij dit zouden moeten of kunnen doen. Hij vertrekt daarbij van enkele bestaande theorieën die elk bepaalde elementen van het rechterlijke proces verklaren, maar op zichzelf te beperkt zijn of overschat worden.¹⁸³ Zo vertrekt de '*economic theory*' van de premisse dat de rechter een rationeel wezen is dat zijn eigen belangen en doelen maximaal wilt bevredigen. Die doelstellingen bestaan onder meer uit inkomen, vrije tijd, macht, prestige, reputatie, zelfrespect, de intrinsieke voldoening van het werk en andere vormen van voldoening die mensen zoeken in hun werk. In principe kunnen deze elementen worden gemanipuleerd om het gedrag te sturen. De *economic theory* ziet zich echter geconfronteerd met twee problemen. In de eerste plaats houdt het geen rekening met psychologische factoren. De rechter blijft een mens. Hij is van nature beperkt in zijn cognitieve vermogens en zijn gedrag is naast rationeel ook emotioneel. Daarnaast maakt het onafhankelijke statuut van de rechter het heel moeilijk om te achterhalen door welke drijfveren zijn gedrag wordt gestuurd, aangezien dit statuut er juist is op voorzien om de invloed van externe invloeden zoveel mogelijk te beperken.¹⁸⁴ Een andere theorie is die van '*legalisme*', waarbij er wordt vertrokken van de premisse dat de beslissingen van de rechter (uitsluitend) bepaald worden door het recht. Recht wordt hier begrepen als algemene regels die terug te vinden zijn in wetteksten, bindende beslissingen van een andere rechtbank of regels die hier logisch uit kunnen worden afgeleid.¹⁸⁵ Zoals ook eerder is gebleken, strookt die theorie niet met de werkelijkheid. Dit wordt onder andere geïllustreerd door het feit dat rechters ook verwijzen naar andere dan louter juridische inzichten om hun beslissing te maken.¹⁸⁶ Het recht leent zich er niet toe om alles op basis van een louter juridisch oordeel te beslechten.

¹⁸² R. A. POSNER, *How judges think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, 387.

¹⁸³ Ibid. 19.

¹⁸⁴ Ibid. 35-38.

¹⁸⁵ Ibid. 41.

¹⁸⁶ Ibid. 41-42.

Als ik het goed begrijp, heeft het vellen van een beslissing in overeenstemming met het recht voor POSNER meer te maken met de manier waarop de beslissing wordt genomen, dan het feit dat het 'recht' aan de basis ervan ligt. Zo stelt hij: *"Similarly, when we say that a judge's decision are in conformity with 'the law,' we do not mean that we can put his decisions next to something called 'law' and see whether they are the same. We mean that the determinants of the decisions were things that it is lawful for judges to take into account consciously or unconsciously. A judge is not acting lawlessly unless there is no authorized method by which he could deny some claim that a litigant was urging on him, yet he denies it nevertheless".*¹⁸⁷

Om het beslissingsproces van rechters te verklaren vertrekt POSNER van de rechter als een deelnemer aan de arbeidsmarkt.¹⁸⁸ Door het feit dat een groot deel van de Amerikaanse rechters politiek benoemd wordt, is het vooral interessant om te kijken naar wat de aspirant-rechters als werknemers naar op zoek zijn (en niet de overheid als werkgever). Rechters willen natuurlijk betaald worden voor hun werk, maar toch zou geld niet hun voornaamste drijfveer zijn. Ze kunnen immers (veel) meer verdienen in de private sector, maar het feit dat ze daarvoor een deel van hun vrije tijd moeten inbinden, speelt ook mee. Een niet-financieel voordeel van rechter zijn, is dat de functie een zekere mate van eerbied en respect opwekt. In tegenstelling tot bijvoorbeeld advocaten moeten ze zich niet schikken naar de wensen van hun cliënten. Rechters hebben ook een zekere macht doordat ze over het lot van anderen beslissen, dit is een van de redenen waarom ze een zeker respect genieten maar kan op zichzelf ook een beweegreden zijn om rechter te worden. Hiërarchie is inherent aan de mens als soort, waardoor veel mensen er een zekere voldoening uithalen om macht over een ander uit te oefenen.¹⁸⁹ De eigenheid van de functie en het feit dat de mensen die ervoor in aanmerking komen meestal ook andere interessante alternatieven hebben, maken van rechter worden een bewuste keuze. Iemand die ervoor kiest om rechter te worden, zal dus de alternatieven hebben afgewogen en tot het besluit zijn gekomen dat hij/zij meer voldoening zal halen uit een rechterlijke functie. Er kan dan ook verondersteld worden dat die persoon het een belangrijke functie vindt en die ook naar behoren zal willen uitoefenen. Een rechter zal dus een zekere intrinsieke voldoening halen uit het goed uitoefenen van zijn functie, wat eventueel nog versterkt kan worden door de bevestiging hiervan door anderen.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Ibid. 43-44.

¹⁸⁸ Ibid. 57-77.

¹⁸⁹ Ibid. 59-60.

¹⁹⁰ Ibid. 60-61.

Een belangrijke voorwaarde om als een goede rechter beschouwd te worden, door zowel zichzelf als anderen, is de noodzaak om zich te houden aan de regels waarvan verwacht wordt dat een goed rechter deze naleeft.¹⁹¹ Bijvoorbeeld het beslechten van een geschil in overeenstemming met het recht en niet louter op basis van zijn eigen mening. Het is dus in de eerste plaats de wil van de rechter om zijn functie goed uit te oefenen die ervoor zal zorgen dat hij zich houdt aan wat er vanuit de samenleving van hem verwacht wordt.

De vraag kan gesteld worden of een rechter zichzelf nog langer als een goede rechter kan beschouwen, wanneer hij weet dat zijn beslissingen gekleurd zijn door zijn persoonlijkheid. Volgens POSNER wel, omdat dit in de eerste plaats een onbewust proces is. Hij illustreert dit aan de hand van '*Bayesian's decision theory*', die stelt dat een rechter die een getuigenis moet beoordelen in een rechtszaak vaak al voor de getuigenis een oordeel zal gevormd hebben over de kans dat de getuige de waarheid spreekt. De voorafgaande inschatting door de rechter is de '*prior probability*' of '*prior*'. De '*prior*' kan op basis van een heleboel factoren zijn, zoals bijvoorbeeld de rechter zijn algemene ervaringen met getuigenissen of de manier waarop de getuige plaatsneemt. De kans dat de rechter de getuige gelooft nadat deze is ondervraagd door de andere partij en al het bewijs met betrekking tot de getuigenis is aangevoerd, is de '*posterior probability*'. De '*prior*' wordt vaak onbewust gevormd, maar zal ook de kans beïnvloeden dat de rechter de getuigenis achteraf gelooft. Het gevolg is dat wanneer dezelfde getuigenis bij twee rechters, die verschillende *priors* hebben, wordt afgelegd zij achteraf de kans dat de getuigenis waarheidsgetrouw is anders inschatten. De reden hiervoor kan hetzelfde zijn als waarom ze een verschillende *prior* hebben. Namelijk dat beide rechters andere "*cognitive structure(s) of prior knowledge*" hebben. De manier waarop ze informatie zintuigelijk waarnemen en deze vervolgens verwerken, is verschillend en wordt beïnvloed door factoren zoals karakter, achtergrond, levenservaring en ideologie. POSNER verwijst onder andere naar CARDOZO die zei: "*We may try to see things as objectively as we please. None the less, we can never see them with any eyes except their own*". Op basis van hun persoonlijkheid (in de ruime zin) zullen rechters dus informatie anders verwerken.¹⁹²

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Ibid. 65-68.

Vooronderstellingen of '*priors*' proberen elimineren is niet alleen psychologisch onmogelijk, maar ook irrationeel volgens POSNER. Ze zijn misschien niet altijd juist, maar bevatten wel informatie wat ze waardevol maakt wanneer de rechter slechts over een beperkte hoeveelheid informatie beschikt. Een toepassing van de theorie zien we terug in het Amerikaanse strafrecht. Rechters zijn daar sneller geneigd om de verdachte schuldig te bevinden dan de jury, omdat ze uit hun ervaring met het systeem weten dat het Openbaar Ministerie omwille van hun beperkte middelen enkel procedeert wanneer ze een sterke zaak hebben.¹⁹³ Ook bij de selectie van de relevante feiten door de rechter zullen de '*priors*' een rol spelen. POSNER onderscheidt vijf manieren van hoe dit kan gebeuren.¹⁹⁴ De rechter zou de feiten bewust kunnen verkeerd interpreteren, dit zal echter normaalgezien niet gebeuren omdat de rechter zijn functie naar behoren wil uitoefenen. De tweede manier is dat de rechter onbewust wordt beïnvloed door zijn *priors* die gevormd zijn op basis van zijn ervaring, karakter, ideologie of andere persoonlijke factoren. Zoals eerder gezegd is het onmogelijk om dit volledig uit te sluiten en is het ook onvermijdelijk dat deze een rol gaan spelen, in het bijzonder wanneer de andere informatie waar de rechter over beschikt beperkt is. Een derde mogelijke factor zijn cognitieve illusies, zoals hindsightbias. '*Hindsightbias*' is de neiging om bij het beoordelen van een gebeurtenis die zich reeds heeft voorgedaan de mogelijkheid om die gebeurtenis op voorhand te voorspellen te overschatten.¹⁹⁵

Een interessante toepassing hiervan zien we in een vonnis geveld door de rechtbank van koophandel van Brussel op 1 februari 2016.¹⁹⁶ Het ging om een vordering inzake prospectusaansprakelijkheid, waarbij Fortis werd verweten onvoldoende informatie te geven over haar blootstelling aan '*subprime*' leningen in het prospectus bij de kapitaalverhoging voor de overname van ABN Amro. '*Subprime*' leningen zijn leningen aan kredietnemers met beperkte financiële middelen en hebben een belangrijke rol gespeeld in de financiële crisis van 2007. De rechtbank wees de vordering af, omdat de argumentatie grotendeels was gebaseerd op informatie die men pas redelijkerwijze kon weten na de financiële crisis. Had de eisende partij over dezelfde informatie beschikt als Fortis op het moment van de kapitaalverhoging en rekening houdend met de toenmalige marktomstandigheden, dan was zij ook tot de conclusie gekomen dat de *subprimes* geen echt gevaar vormden voor Fortis.

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Ibid. 69-71.

¹⁹⁵ H. A. ARKES, T. J. GUILMETTE, D. FAUST en K. HART, "Eliminating the Hindsight Bias", *Journal of Applied Psychology*, Vol. 73 nr. 2, 305.

¹⁹⁶ Kh. Brussel 1 februari 2016, Bank Fin.R., 2016, afl. 1, 24-35.

Een vierde mogelijkheid zijn *priors* gevormd op basis van irrationele factoren, zoals het uiterlijk of de geloofsovertuiging van de partijen. Een rechter zal deze in principe moeten kunnen herkennen en aan de kant zetten, omdat hij weet dat om aan de voorwaarden van een goede rechter te voldoen hij de zaak moet beoordelen en niet de partijen. Ten slotte kan het ook zijn dat de rechter de feiten enigszins verdraait om de kans te verkleinen dat zijn beslissing in hoger beroep verbroken wordt. De Amerikaanse beroepshoven kijken immers in principe enkel naar de rechtsvragen en respecteren de vaststelling van de feiten zoals deze door de lagere rechter is gebeurd.¹⁹⁷ Dit kan niet helemaal doorgetrokken worden naar het Belgische rechtssysteem, omdat bij ons zowel het feitelijke en juridische aspect opnieuw wordt bekeken in hoger beroep.

Ruimer dan louter bij het verwerken van informatie, zal de ideologie van de rechter en zijn karakter, achtergrond, persoonlijke en professionele ervaringen een invloed hebben op hoe hij in bepaalde zaken beslist. Een voorbeeld hiervan is het feit dat rechters die geen achtergrond hebben in de advocatuur strenger zijn voor advocaten dan rechters die dit wel hebben. Dit omdat ze zich minder bewust zijn van de beperkingen waar advocaten aan onderhevig zijn zoals geld, tijd en de wensen van de cliënt. Het is door een gebrek aan informatie over de grond van de zaak dat rechters zich genoodzaakt zien om terug te vallen op persoonlijke inzichten en ervaring. Weinig rechters zullen dit bewust doen, omdat ze weten dat dit botst met wat van een goed rechter verwacht wordt. Onbewust zullen deze factoren meespelen wanneer een rechter zich geconfronteerd ziet met een moeilijke zaak waarbij geen van de partijen hun argumenten kunnen overtuigen. In zijn zoektocht naar een goede oplossing voor het geschil zal zijn ideologie deels bepalen wat hij als een goede oplossing voor het geschil ziet. Rechters zijn bovendien niet politiek neutraal. Nochtans lijkt het vanzelfsprekend dat een rechter, die zijn functie naar behoren wilt uitoefenen, zijn politieke opinie niet laat meespelen in zijn oordeel. Politiek moet echter ruimer worden begrepen dan partijpolitiek en sluipt met een zekere subtiliteit in het rechterlijke oordeel. Politiek in de ruime zin is de ideologie van de rechter die onder meer gaat beïnvloeden wat hij beschouwt als gezond verstand, welke morele waarden hij belangrijk vindt en wat volgens hem goede beleidskeuzes zijn.¹⁹⁸

¹⁹⁷ R. A. POSNER, *How judges think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, 70.

¹⁹⁸ *Ibid.* 72-75.

Toch verklaart de politiek van de rechter niet altijd de beslissingen die hij neemt. Het kan zijn dat andere persoonlijke factoren zijn ideologie beïnvloeden of zelfs aan de kant schuiven. POSNER geeft het voorbeeld van een vrouwelijke, conservatieve rechter die in het voordeel van de eiser in een discriminatiezaak op basis van geslacht beslecht. Daarnaast verschillen rechters onderling in de mate waarin hun *priors* meespelen in hun beslissing.¹⁹⁹

De rechter is een '*occasional legislator*'.²⁰⁰ Net zoals VAN GERVEN ziet POSNER situaties waar een rechter beleid zal (moeten) voeren. De plicht van een rechter om een zaak te beslechten, zorgt ervoor dat hij op basis van andere elementen zal moeten beslissen wanneer hij niet kan terugvallen op een louter juridische redenering. Toch zou het verkeerd zijn om te denken dat alle rechters eerst kijken of ze het geschil op basis van strikt juridische argumenten kunnen beslechten vooraleer ze een beleidsoordeel overwegen. POSNER zegt hierover het volgende: "*A judge does not reach a point in a difficult case at which he says, 'the law has run out and now I must do some legislating'. He knows that he has to decide and that whatever he does decide will (within the broadest of limits) be law; for the judge as an occasional legislator is still a judge*". Rechters zijn niet bezig met het feit of ze een beleidsoordeel of een legalistische redenering aan het maken zijn, maar willen gewoon de beste oplossing voor het geschil vinden. Het feit dat hij recht moet spreken en dat de klassieke bronnen van het recht niet altijd afdoende zijn als bron dwingen hem om een beleidsoordeel te vellen. Het verbod van rechtswegering kennen we ook in het Belgische recht, zo stelt artikel 5 Ger. W.: "*Er bestaat rechtswegering wanneer de rechter weigert recht te spreken onder enig voorwendsel, zelfs van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van de wet*". De mate waarin een rechter beleid zal voeren, hangt af van verschillende factoren. Zijn hiërarchie binnenin de rechterlijke orde, zijn ervaring als rechter, de rechtstak waarin hij beslist en zijn intellectuele capaciteiten. De beleidsbeslissing zelf zal van twee factoren afhangen die we ook bij VAN GERVEN hebben teruggezien. Het systemische aspect dat een voorkeur voor bepaalde waarden inhoudt en de specifieke belangen die in de zaak meespelen.²⁰¹

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Ibid.78-92.

²⁰¹ Ibid.

Wanneer een rechter niet kan terugvallen op de klassieke bronnen van het recht zullen ideologie, intuïtie, gezond verstand en een goed inzicht een belangrijke rol spelen.²⁰² Ideologie speelt een grote rol in de beslissing van de rechter en wordt gevormd door zijn morele waarden, die het resultaat zijn van opvoeding, onderwijs, (ingrijpende) levensgebeurtenissen, professionele ervaring en persoonlijke eigenschappen. Persoonlijkheid wordt dan weer gevormd door inherente eigenschappen zoals geslacht en etniciteit gecombineerd met het karakter van een persoon. Bij het vormen van een ideologie speelt emotie een belangrijke rol, aangezien het bepaalt hoe gebeurtenissen worden omgezet in geloofsovertuigingen. Ideologie is namelijk niet '*data driven*', maar '*hypothesis-driven*'. Informatie wordt geanalyseerd en geïnterpreteerd vanuit het ideologisch kader, in plaats van dat er op basis van een verzameling aan informatie een ideologie wordt gevormd. Mensen zullen dus dezelfde informatie anders interpreteren, omdat zij dit bekijken vanuit een andere ideologische invalshoek. Naast ideologie kunnen ook emotie en intuïtie een belangrijke rol spelen in de beslissing van de rechter. Emoties kunnen op twee manieren werken: ofwel verhogen ze de zekerheid van de rechter, waardoor deze minder geneigd zal zijn om nog een bijkomende analyse te doen, ofwel verlagen ze deze zekerheid waardoor de rechter een nood aan een bijkomende analyse zal ervaren. Door middel van intuïtie kan een rechter terugvallen op de kennis van zijn onderbewustzijn en zo snel tot een beslissing komen zonder dat er een afweging nodig is van de voor- en nadelen van de mogelijke beslissingen. Beslissen op basis van intuïtie, in plaats van een uitgebreide afweging en een logisch opgebouwde redenering, lijkt volledig in strijd met wat er verwacht wordt van een goede rechter. Toch wijst POSNER er op dat dit niet altijd zo is. Wanneer een rechter een beleidsoordeel moet vellen, ontbreken vaak de elementen om een logische redenering op te bouwen. Intuïtie biedt dan een interessant alternatief, omdat het onderbewustzijn veel meer informatie kan opslaan dan het bewustzijn. Aangezien de rechter grotendeels zal terugvallen op zijn eigen ervaring en ideologie is het belangrijk dat de rechterlijke macht voldoende divers is. Op deze manier worden de verschillende ideeën die in de samenleving leven, vertegenwoordigd in de rechterlijke macht.

²⁰² Ibid. 93-121.

POSNER biedt een uniek inzicht in de geest van de rechter. Hij kan daarbij terugvallen op zijn eigen ervaring als rechter en combineert dit met inzichten uit andere wetenschappen, zoals psychologie en economie. De meeste auteurs stoppen bij de vaststelling dat een rechterlijke beslissing altijd zal worden beïnvloed door de persoon van de rechter, aangezien hij een mens is en geen machine. POSNER gaat evenwel verder en verwijst naar welke psychologische factoren er nu net voor zorgen dat een rechter zijn persoonlijkheid meespeelt in een beslissing. Kan een rechter niet terugvallen op klassieke bronnen van het recht, dan ziet de rechter zich genoodzaakt om terug te vallen op andere dan strikt juridische argumenten. Advocaten zouden er dan ook goed aandoen om in dergelijke gevallen af te stappen van een zuiver juridisch pleidooi en dit aanvullen met argumenten uit andere (mens)wetenschappen.²⁰³ Cruciaal blijft natuurlijk de vraag wat een rechter tegenhoudt om geen recht te spreken, maar telkens gewoon zijn eigen mening te substitueren voor recht. In de eerste plaats is het belangrijk om in te zien dat een rechter altijd een geschil gaat oplossen naar wat voor hem een goede oplossing lijkt, dit is evenwel niet hetzelfde als de oplossing die zijn ideologie naar voren schuift. Het feit dat de rechter interessantere alternatieven aan de kant schuift om rechter te worden, toont zijn motivatie om zijn functie zo goed mogelijk te doen. Hij zal zich dan ook zoveel mogelijk proberen gedragen naar de professionele standaarden die van hem verwacht worden.

²⁰³ Ibid. 118.

1.3 Conclusie

Een analyse van de redelijkheid heeft duidelijk gemaakt dat ze slechts een beperkte normerende waarde heeft. Waar elke norm in zekere mate open is door haar algemene en abstracte formulering, maar ook door de speelruimte die ze de rechter biedt, zien we dat het open karakter bij redelijkheid toch een stuk groter is. Het is onmogelijk om aan redelijkheid een invulling te geven zonder de concrete omstandigheden van het geval te kennen. Aangezien deze pas aan de orde zijn wanneer een geschil voor de rechtbank komt, zal het dus steeds de rechter zijn die de norm invult. De idee van een rechter die een geschil beslecht op basis van een regel die hij zelf heeft ontwikkeld, in het licht van de omstandigheden van de concrete omstandigheden van de zaak, wringt met wat we traditioneel van een rechter verwachten. De geschiedenis heeft evenwel geleerd dat een goedwerkend juridisch systeem en een machinale toepassing van een wettelijk systeem niet samengaan. De kritiek op redelijkheid, en ruimer, open normen, is dan ook gericht op de rechterlijke vrijheid die ze creëert, of waarschijnlijker, in handen werkt. Er werden drie fundamentele problemen geassocieerd met een (te) ruime rechterlijke invulling besproken: een gebrek aan democratische legitimiteit, retroactieve toepassing van rechterlijk gevonden normen en de subjectiviteit van de rechter. Er zijn nog problemen denkbaar. Zo zouden open normen bijvoorbeeld tot meer rechtsongelijkheid leiden, aangezien de rechterlijke beslissing afhankelijk zal zijn van voor welke rechter het geschil komt.²⁰⁴ Dit hangt evenwel nauw samen met de subjectiviteit van de rechter. De problemen van redelijkheid voor de rechtszekerheid worden verder uitgewerkt in het derde deel.

²⁰⁴ J. M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 76-77; L. CORNELIS, "De achtereenkomst", in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 75.

Een uitspraak van een rechter die beslist om in te grijpen in de rechtsverhouding van partijen op basis van redelijkheid mist democratische legitimiteit. Zoals is gebleken, zijn open normen niet democratisch legitiem. Zelfs niet wanneer er sprake is van een bewuste delegatie van normerende bevoegdheid door de wetgever aan de rechter. Er is immers geen parlementair debat geweest over de substantiële elementen van de norm.²⁰⁵ Ook de idee dat de wetgever het laatste woord behoudt en de genomen beslissingen achteraf (impliciet) kan bekrachtigen, biedt geen soelaas in het kader van een open norm. Het staven van de beslissing op redelijkheid als rechtsgrond, in plaats van de concrete (gedrags-)regel te benoemen waaraan partijen worden onderworpen, zorgt ervoor dat dergelijke wettelijke controle niet alleen onrealistisch²⁰⁶ maar ook praktisch onmogelijk wordt.²⁰⁷ Toch zou het verkeerd zijn om hier uit af te leiden dat beslissingen op basis van redelijkheid niet legitiem zijn. Democratische legitimiteit is immers niet de enige vorm van legitimiteit en wordt zelfs niet altijd gerealiseerd wanneer rechtsregels via de wet tot stand komen.

De rechterlijke beslissing put haar legitimiteit uit de staatsrechtelijke taak van de rechter om geschillen te beslechten.²⁰⁸ Het is duidelijk geworden dat de rechter geen spreekbuis is voor de wetten van het parlement. Niet alleen is het onmogelijk om de realiteit uitsluitend via een wettelijk systeem te regelen, maar zelfs als dit zou kunnen dan zal de menselijkheid van de rechter een rol blijven spelen in de rechtstoepassing. De legitimiteit van het rechterlijk oordeel, in het bijzonder in het kader van open normen, moet dan ook niet gezocht worden in het democratisch element van de wet. HESSELINK wijst op het feit dat de zoektocht naar legitimatie voor rechterlijke rechtsontwikkeling vertrekt van de premisse dat dit een anomalie zou zijn en er dus een nood zou zijn aan een bijzondere rechtvaardigheidsgrond, terwijl hij rechterlijke rechtsontwikkeling ziet als een natuurlijk voortvloeisel van de rechter zijn plicht om recht te spreken.²⁰⁹

²⁰⁵ H. COREMANS, J. DUJARDIN, B. SEUTIN, M. VAN DAMME en G. VERMEYLEN, *Beginnselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 186. (In het kader van de delegatie door de wetgever aan de uitvoerende macht).

²⁰⁶ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 69.

²⁰⁷ J. M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 69.

²⁰⁸ G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 134; M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 402-404.

²⁰⁹ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 402-404.

De legitimiteit van het rechterlijk oordeel is niet gebaseerd op een mogelijkheid tot inspraak in de aanstelling van rechters of invloed van het volk op de uitkomst van geschillen. Ook de gedachte dat het rechterlijk oordeel enkel wordt aanvaard, omdat dit gebeurt op basis van de democratisch legitieme wet is een illusie. Het is daarentegen gebaseerd op een maatschappelijke consensus over het belang van een overheidsinstantie die een einde kan stellen aan conflicten tussen burgers en die oplossing ook kan afdwingen. De legitimiteit van het rechterlijk oordeel moet volgens mij dan ook niet gezocht worden in een democratisch element, maar vloeit voort uit het feit dat het gezag van de rechter is aanvaard in onze maatschappij. De taak om recht te spreken, is staatsrechtelijk aan de rechterlijke macht toegewezen.²¹⁰ In die zin volg ik HESSELINK wanneer hij stelt dat het in twijfel trekken van rechterlijke rechtsontwikkeling het in vraag stellen is van de rechter zijn bevoegdheid om recht te spreken.²¹¹

De grotere rechterlijke autonomie die redelijkheid biedt, zou het gevaar met zich meebrengen dat de persoonlijkheid van de rechter een grotere rol gaat spelen in zijn beoordeling. Het is evenwel duidelijk geworden dat subjectiviteit een inherente eigenschap van het rechterlijk oordeel is, zelfs wanneer hij kan terugvallen op een gesloten norm.²¹² Zo wees VAN GERVEN op het feit dat een rechtsregel slechts een leidraad vormt bij het oplossen van het geschil, eerder dan een vooraf bindend gegeven dat de oplossing dicteert.²¹³ Toch lijkt het ontbreken van een wettelijk voorschrift een vrijgeleide voor de rechter om het geschil te beslechten naar wat zijn persoonlijke invulling van redelijkheid is. Zowel WIARDA als VAN GERVEN reiken methodes aan hoe rechters zouden moeten beslissen in dergelijke gevallen. De ontvullende realiteit is echter dat het onmogelijk is om in het hoofd van de rechter te kruipen. Alleen de rechter zelf zal kunnen weten of hij zich voor zijn beslissing heeft gebaseerd op de waardeschaal van VAN GERVEN, de vergelijkingsmethode van WIARDA of daarentegen louter op basis van wat hij de beste oplossing achtte. Essentieel is dan ook de vraag wat een rechter tegenhoudt om zijn eigen visie als 'recht' voor te stellen. In dit kader is de bijdrage van POSNER interessant.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Ibid.

²¹² W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, N.V. Scriptoria, 1973, 130-133; G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 116.; R. A. POSNER, *How judges think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, 65-68; J.B.M. VRANKEN, *Mr. C. Assers Handleiding Tot De Beoefening Van Het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel : Een Synthese.*, Deventer, Kluwer, 2014, 75.

²¹³ W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, N.V. Scriptoria, 1973, 129.

POSNER benadrukt dat de visie van de rechter altijd zal meespelen in zijn beoordeling, aangezien hij op zoek gaat naar wat *volgens hem* de beste oplossing is voor het geschil. Daarbij beïnvloed door de elementen die hem de persoon hebben gemaakt die hij is op het moment van zijn oordeel. Wat de (meeste) rechters er van weerhoudt om hun vrijheid te misbruiken, is de wil om hun job naar behoren uit te oefenen. Het zou te ver gaan om te stellen dat elke rechter zijn beroep als een roeping ziet. Toch is het zeer aannemelijk dat de meeste rechters hun job als belangrijk beschouwen en die dan ook naar het beste van hun vermogen willen uitvoeren. Om dat te kunnen doen, moet de rechter zich aan bepaalde 'spelregels' houden. Die spelregels zijn gebaseerd op de verwachtingen die er in de samenleving zijn over hoe een rechter zijn functie moet uitoefenen en de invulling die de rechter hier zelf aan geeft.²¹⁴ Ook VRANKEN wijst op de onvermijdelijkheid van het individu van de rechter en beschouwt het eigen rechtersbeeld en de verwachtingen van het juridisch forum als beslissende factoren in de vrijheid die een rechter zichzelf toemeet.²¹⁵ Ik volg HESSELINK dan ook niet wanneer hij geen reden ziet voor de rechtswetenschap om zich bezig te houden met hoe de rechter tot zijn oordeel moet komen.²¹⁶ Wat er in de maatschappij, in het bijzonder in de juridische wereld, van de rechter verwacht wordt, zal immers een rol spelen in hoe hij zijn taak zal vervullen.

²¹⁴ R. A. POSNER, *How judges think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, 60-61.

²¹⁵ J.B.M. VRANKEN, *Mr. C. Assers Handleiding Tot De Beoefening Van Het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel : Een Synthese.*, Deventer, Kluwer, 2014, 141-148.

²¹⁶ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 403.

Rechtspraak gesteund op open normen zoals redelijkheid vereist een afdoende motivering. Door louter te verwijzen naar redelijkheid onttrekken rechters hun beslissingen aan het publieke debat. In het kader van de rechtszekerheid en de rechtsontwikkeling is het belangrijk dat de rechter de regel noemt, de omstandigheden die hiervoor relevant waren en het rechtsgevolg.²¹⁷ Zo danken de niet-wettelijke informatieplichten hun bestaan aan open normen zoals de goede trouw en de precontractuele zorgvuldigheid.²¹⁸ Bovendien kan de motivering dienen als een controle op de beslissing van de rechter.²¹⁹ De motivering lijkt een ideale manier om de rechter door middel van kritiek bij te sturen in zijn maatschappelijke rol. Het is evenwel belangrijk om te beseffen dat motivering als controle-instrument ook zijn beperkingen kent. POSNER wijst op het feit dat de motivering eerder een rationalisering van de beslissing is, dan een weergave van hoe een rechter echt tot zijn beslissing is gekomen.²²⁰ Het is een manier voor de rechter om zijn beslissing maatschappelijk en juridisch aanvaardbaar te maken, maar wil daarom niet automatisch zeggen dat dit ook de echte beweegredenen van zijn beslissing zijn. Rekening houdend met het feit dat het onderbewustzijn in die beslissing een belangrijke rol heeft gespeeld. Toch is het belangrijk, omdat hij verplicht wordt na te denken over hoe zijn beslissing in het systeem past en dit ertoe kan leiden dat hij terugkomt op zijn initiële 'buikgevoel'. Om motivering optimaal als controle-instrument te gebruiken, is het vereist om de rechtscheppende functie van de rechter te erkennen. Ook de problematiek van het rechterlijke overgangsrecht heeft duidelijk gemaakt dat een eerste, noodzakelijke stap naar een oplossing het erkennen van de rechterlijke rechtsontwikkeling is.²²¹ De analyse van rechterlijke uitspraken moet gericht zijn op de regel die wordt toegepast in het geschil en niet op het schamen van de rechter omdat hij zich hiervoor niet heeft gebaseerd op de wet. Laat ons de dingen noemen zoals ze zijn, zodat er geen energie verloren gaat in ficties en er gefocust kan worden op inhoudelijke problemen.

²¹⁷ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 416-417.

²¹⁸ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 377.

²¹⁹ W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, N.V. Scriptoria, 1973, 154-155; J.B.M. VRANKEN, *Mr. C. Assers Handleiding Tot De Beoefening Van Het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel : Een Synthese.*, Deventer, Kluwer, 2014, 141-166.

²²⁰ R. A. POSNER, *How judges think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, 64 en 110-11.

²²¹ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 60.

Een noodzakelijke voorwaarde om de rechtspraak aan maatschappelijke controle te onderwerpen, is het publiceren ervan. De vaststelling dat niet alle rechtspraak gepubliceerd wordt, is doorheen mijn rechtenopleiding steeds een doorn in het oog geweest. De gepubliceerde rechtspraak is niet representatief en het leeuwendeel daarvan kan enkel geraadpleegd worden via commerciële tijdschriften en online databanken.²²² Die publicatie door tijdschriften is niet representatief, noch objectief, noch vrij toegankelijk. Dit maakt het zo goed als onmogelijk om de rechtspraak wetenschappelijk en kritisch te analyseren, omdat er slechts toegang is tot een deel van de data. Voor de gewone burger is het al helemaal ondoenbaar om een zicht te krijgen op de rechtspraak, aangezien een groot deel van de rechtspraak achter een betaalmuur zit.²²³

De rode draad van dit onderzoek is in welke mate redelijkheid verenigbaar is met rechtszekerheid in het verbintenissenrecht. De analyse van redelijkheid heeft duidelijk gemaakt dat het niet gaat om een rechtsregel waar partijen zich aan moeten houden, maar dat het een manier is voor de rechter om nieuwe regels uit te vaardigen. De geschiedenis heeft geleerd dat een ontwikkeld rechtssysteem nood heeft aan een rechter die meer doet dan een louter machinale toepassing van de wetten. Er is een zekere nood aan beleid door de rechter vanwege de onzekerheid en complexiteit waardoor de realiteit is gekenmerkt. Omwille van historische factoren gebeurde die rechterlijke tussenkomst oorspronkelijk in de schaduw, maar het is duidelijk dat vandaag de rechtscheppende functie van de rechter niet langer ontkend kan worden. De rechtscheppende rol van de rechter is noodzakelijk, maar brengt ook onzekerheid met zich mee. KRUIHOF kwam tot de conclusie dat er in het Belgische verbintenissenrecht sprake is van een '*gouvernement des juges*': het is de rechtspraak, en niet de wetgever, die daar de voornaamste rechtsbron is.²²⁴ Volgens WIARDA speelt redelijkheid zo een belangrijke rol in het verbintenissenrecht, omdat het een dynamische rechtstak is waarvan de gevolgen moeilijk door de wetgever kunnen worden overzien.²²⁵

²²² P. Taelman en M. Van der Haegen, "Recht op recht! Publicatie van Rechtspraak." In M. De Vos, F. Kéfer, P. Humblet, R. De Corte; E. Van Hoorde en M. Hendryckx (eds.), *De taal is het recht: Liber Amicorum Willy Van Eeckhoutte*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 263-267.

²²³ Ibid.

²²⁴ R. Kruithof en W. Van Gerven, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 52.

²²⁵ G.J. Wiarda, "De rechter tegenover vage rechtsnormen", RW, 1973-74, 179.

Nochtans is de kenbaarheid en de voorspelbaarheid van het recht van belang voor partijen die willen contracteren. Het verbintenissenrecht bestaat immers voornamelijk uit suppletieve regels, dit zijn regels die gelden wanneer degene op wie zij van toepassing zijn, geen andere regeling hebben voorzien in een rechtshandeling.²²⁶ Om contractueel te kunnen afwijken van het recht is natuurlijk wel vereist dat partijen het recht kennen.²²⁷ In het tweede deel zal dieper worden ingegaan op wat er precies wordt verstaan onder rechtszekerheid en in het bijzonder welke plaats dit begrip krijgt binnen het verbintenissenrecht.

²²⁶ P. Taelman en G. Verschelden, *Basisbegrippen van het recht*, Leuven, Acco, 2017, 53.

²²⁷ R. A. Posner, *How judges think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, 87.

2 Rechtszekerheid

2.1 Het rechtszekerheidsbeginsel

2.1.1 Geen consensus over inhoud

Er bestaat geen uniforme begripsomschrijving van het rechtszekerheidsbeginsel.²²⁸ Een reden hiervoor is het feit dat er in de literatuur geen eensgezindheid bestaat over het gewicht en de draagwijdte die aan rechtszekerheid moet worden gegeven.²²⁹ Net zoals bij redelijkheid lijkt er opnieuw sprake te zijn van een vaag beginsel, aangezien een universele invulling ontbreekt. Toch gaat die vergelijking niet helemaal op. Waar het bij redelijkheid onmogelijk is om een *a priori* invulling te geven zonder het kennen van de concrete omstandigheden, kan dit bij rechtszekerheid wel. Over die invulling bestaat er alleen geen consensus, omdat ze nauw samenhangt met de opvatting over het recht zelf.²³⁰ Absolute rechtszekerheid is immers een onbereikbaar ideaal, waardoor (volledige) rechtszekerheid steeds een 'streven naar is' maar nooit volledig kan worden bereikt.²³¹ Het is daarmee een van de verschillende doelstellingen van het recht waardoor het zal moeten opboksen tegen andere doelstellingen zoals de rechtvaardigheid of de rechtsontwikkeling.²³² De invulling en draagwijdte die aan rechtszekerheid wordt gegeven, zal dus nauw samenhangen met een visie over de rol van het recht binnen onze samenleving.

²²⁸ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 107; J. RAITIO, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2003, 125; P.W. BROUWER, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 179; S. WRBKA, "The Faces and Implications of Legal Certainty in Contemporary Private Law", in M. FENWICK, M. SIEMS en S. WRBKA (eds.), *The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transnational Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017, 157.

²²⁹ P.W. BROUWER, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 179.

²³⁰ P.W. BROUWER, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 179; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 2.

²³¹ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 118; N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 944; P.W. BROUWER, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 179; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 61; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", *RW*, 2010-2011, nr.9, 365.

²³² N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 942-943; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 11-12; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", *RW*, 2010-2011, nr.9, 365.

2.1.2 Op zoek naar zekerheid in een onzekere wereld

Onzekerheid is inherent aan het menselijk bestaan.²³³ Het bestaat uit zowel een subjectieve als een objectieve component.²³⁴ HAMMOND beschrijft dit aan de hand van een vergelijking met de notie tijd: “*Think of subjective and objective time; your estimate of time is subjective, but the clock provides an objective assessment of time. Subjective uncertainty refers to the state of mind of the person making a judgment (about time, for example), regardless of the state of the objective system (the clock) about which the judgment (telling time) is to be made*”.²³⁵ Subjectieve onzekerheid speelt in hoofde van diegene die een inschatting moet maken, los van het voorwerp van die inschatting. Is het voorwerp van de inschatting onzeker, dan is er sprake van objectieve onzekerheid. Onzekerheid wordt veroorzaakt door een gebrek aan informatie en volgens sommigen bestaat die dan ook enkel in haar subjectieve vorm. Daarbij wordt vertrokken van een gedetermineerd wereldbeeld en is onzekerheid enkel het gevolg van een gebrek aan informatie en ons onvermogen als mens om die informatie te verwerken. Anderen nemen het omgekeerde standpunt in en stellen dat de objectieve wereld zelf ook een bron is van onzekerheid waardoor onzekerheid niet enkel het gevolg is van onze eigen onvolmaaktheid als mens, maar ook veroorzaakt wordt door de wereld waarin we leven.²³⁶ Het onderscheid speelt hier voornamelijk op een theoretisch niveau. Momenteel beschikken we immers noch over alle nodige informatie noch over de capaciteiten om onzekerheid uit te bannen.²³⁷

²³³ J. Y. HALPERN, *Reasoning about uncertainty*, Cumberland, MIT Press, 2017, 1; K.R HAMMOND, *Human Judgment and Social Policy : Irreducible Uncertainty, Inevitable Error, Unavoidable Injustice*, New York, Oxford University Press, 1996, 13-14; P.W. BROUWER, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 183.

²³⁴ K.R HAMMOND, *Human Judgment and Social Policy : Irreducible Uncertainty, Inevitable Error, Unavoidable Injustice*, New York, Oxford University Press, 1996, 14.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ K.R HAMMOND, *Human Judgment and Social Policy : Irreducible Uncertainty, Inevitable Error, Unavoidable Injustice*, New York, Oxford University Press, 1996, 15-16.

²³⁷ G. SOROS, “Fallibility, reflexivity, and the human uncertainty principle”, *Journal of Economic Methodology*, vol. 20, nr. 4, 311.

Verrassend genoeg heeft de technologische en wetenschappelijke vooruitgang de mate van onzekerheid niet doen afnemen. Sterker nog, wetenschappelijke inzichten en technologische ontwikkelingen hebben de onzekerheid doen toenemen en het gevoel gegeven dat onze onwetendheid belangrijker is dan we (kunnen) weten.²³⁸ Paradoxaal leidt meer kennis op die manier tot een sterker gevoel van onzekerheid.²³⁹ De mens ziet zich dan ook genoodzaakt om te handelen in een wereld die hij maar deels begrijpt.

Onzekerheid is een onvermijdbaar element van het dagelijks leven²⁴⁰, maar dit doet geen afbreuk aan de menselijke nood aan zekerheid. Zekerheid is nodig voor zelfontplooiing en maatschappelijke ontwikkeling.²⁴¹ Een wereld waar alles steeds in vraag kan gesteld worden, is niet leefbaar. Zekerheid over bepaalde zaken is nodig om beslissingen te nemen en een toekomst te plannen, wat het een essentiële vereiste voor persoonlijke vrijheid maakt.²⁴² POPULIER ziet het als een van de belangrijkste taken van het recht om de virtueel oneindige opties van de werkelijkheid te beperken tot een adequaat beslissingskader.²⁴³ De behoefte aan zekerheid kan niet actueler worden geïllustreerd dan door de huidige situatie als gevolg van het Covid-19 virus. Het virus heeft de wereld zoals we die kennen in een tijdspanne van enkele maanden volledig op haar kop gezet. Zowel de bestrijding van het virus, welke maatregelen getroffen moeten worden alsook de gevolgen van die maatregelen zijn een enorme bron van onzekerheid. Toch verwachten we van het (politieke) systeem dat het beslissingen neemt in dergelijke risicovolle situaties.²⁴⁴

²³⁸ M. CALLON, P. LASCOUMES en Y. BARTHE, *Acting in an uncertain world: an essay on technical democracy*, Cambridge, MIT Press, 2009, 18-19; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 7.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ J. Y. HALPERN, *Reasoning about uncertainty*, Cumberland, MIT Press, 2017, 1; K.R HAMMOND, *Human Judgment and Social Policy : Irreducible Uncertainty, Inevitable Error, Unavoidable Injustice*, New York, Oxford University Press, 1996, 14.

²⁴¹ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 932-935.

²⁴² Ibid.

²⁴³ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 158.

²⁴⁴ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 123.

Zekerheid moet dan ook ruimer worden begrepen dan louter op een niveau van kennis. Het omvat ook zekerheid in de zin van waarborg of bescherming.²⁴⁵ PIAZZON spreekt over de nood aan '*la sécurité matérielle*' en omschrijft die als volgt: "[...] *la protection des intérêts extrapatrimoniaux et patrimoniaux des individus: protection de leur personnes, de leurs biens, de leurs conditions de vie*".²⁴⁶ Te denken valt aan bescherming tegen geweld, economische onzekerheid of gezondheidsproblemen.²⁴⁷ Het recht speelt een belangrijke rol in het voorzien van zekerheid.²⁴⁸ In het kader van de huidige pandemie kan het ministerieel besluit dat werd aangenomen om de verdere verspreiding van het Covid-19 virus in te perken als voorbeeld dienen over hoe het recht wordt gebruikt om meer zekerheid te bieden.²⁴⁹ Het besluit bevat welke handelingen er al dan niet zijn toegelaten en voorziet straffen voor de niet-nakoming.

Het is belangrijk een onderscheid te maken tussen de zekerheid *van* het recht en zekerheid geboden *door* het recht.²⁵⁰ Het leven confronteert ons met gevaren en onvoorspelbaarheden, waartegen we ons als maatschappij willen beschermen. Het recht is een middel om aan die onzekerheid tegemoet te komen en dus een bron van materiële zekerheid. Bij rechtszekerheid (of zekerheid *van* het recht) gaat het daarentegen niet over recht als middel om zekerheid te bekomen, maar over de zekerheid van het recht zelf.²⁵¹ Het heeft betrekking op het vertrouwen dat een persoon heeft in het rechtssysteem, dat het juridisch kader bepaalt waarbinnen hij zijn activiteiten ontplooit.²⁵² Rechtszekerheid moet een persoon toelaten zijn handelingen te kunnen afstemmen op het recht.²⁵³ Het is bovendien een noodzakelijke voorwaarde voor materiële zekerheid, aangezien het recht geen bron van maatschappelijke zekerheid kan zijn als het zelf onzeker is.²⁵⁴

²⁴⁵ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 51.

²⁴⁶ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 3.

²⁴⁷ Ibid. 5.

²⁴⁸ Ibid. 4.

²⁴⁹ Ministerieel besluit 23 maart 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken, *BS* 23 maart 2020.

²⁵⁰ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 3.

²⁵¹ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 130; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 5.

²⁵² P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 130.

²⁵³ T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 328.

²⁵⁴ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 5.

Toch betekent een verhoogde materiële zekerheid niet altijd een verhoogde rechtszekerheid. Integendeel zelfs, het wetgevend en rechterlijk optreden als reactie op een maatschappelijke vraag naar meer bestaanszekerheid leidt soms tot een vermindering van de rechtszekerheid.²⁵⁵

De evolutie van een nachtwakersstaat naar een verzorgingsstaat heeft een negatieve invloed op de rechtszekerheid.²⁵⁶ In de negentiende eeuw was de taak van de overheid beperkt tot het waarborgen van een zo groot mogelijke economische vrijheid.²⁵⁷ De staatsopvatting is ondertussen gewijzigd en de inmenging van de overheid in het dagelijkse leven is sterk toegenomen.²⁵⁸ Van de overheid wordt verwacht dat zij haar burgers ertoe in staat stelt om zichzelf te ontplooien.²⁵⁹ De samenleving wordt gekenmerkt door amalgaam aan uiteenlopende belangen en iedereen wilt zijn belangen beschermd zien in het recht.²⁶⁰ De overheid moet daarbij niet alleen voorzien in die bescherming, maar moet de regelgeving ook onderling coördineren en zoeken naar een evenwicht.²⁶¹ Verschillende belangengroepen zullen immers met elkaar in botsing komen, denk bijvoorbeeld aan: werknemers t.o.v. werkgevers, consumenten t.o.v. ondernemingen, gefailleerden t.o.v. schuldeisers, etc.²⁶² Waar de overheid vroeger voornamelijk de spelregels moest uitzetten voor private actoren om binnen te handelen, is zij nu bovendien ook zelf deelnemer van het spel geworden. Het gevolg is dat de regelgeving onderhevig is aan dezelfde grillen als het sociaaleconomische landschap. Dit vereist een zekere mate van flexibele regelgeving om aan de snel veranderende realiteit tegemoet te komen.²⁶³

²⁵⁵ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 5; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 12.

²⁵⁶ B. VAN DEN BERGH, «Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie», RW, 2010-2011, nr.9, 352; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 12;

²⁵⁷ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en Y. HAECK, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 70.

²⁵⁸ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 112.

²⁵⁹ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en Y. HAECK, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 71.

²⁶⁰ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 7.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *Ibid.* 7-8.

²⁶³ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 112.

De gewijzigde rol van de overheid heeft geleid tot een toenemende juridisering van de maatschappij²⁶⁴, aangezien het recht een instrument is om de maatschappij te ordenen. VAN DEN BERGH stelt het als volgt: “Onze omgeving wordt juricentrisch, waarbij het «recht» tot diep in de poriën van het maatschappelijk weefsel doordringt; er is sprake van een kolonisering van onze leefwereld door het recht”.²⁶⁵ Het recht speelt niet langer een louter ordenende functie, maar is een instrument voor sociaal beleid geworden.²⁶⁶ Dit komt niet ten goede van de rechtszekerheid. De toenemende interventie van de overheid in het maatschappelijk leven leidt tot een inflatie van wetgeving.²⁶⁷ Die wetgeving wordt bovendien steeds ingewikkelder zowel op vlak van inhoud als in het onderling elkaar afstemmen ervan.²⁶⁸ Ook de kwaliteit laat de wensen over.²⁶⁹ De maatschappelijke nood aan zekerheid, die hoofdzakelijk bij de overheid wordt gezocht, lijkt dus te leiden tot de onzekerheid van het juridisch systeem. Rechts(on)zekerheid is voorlopig steeds vrij ruim opgevat als de zekerheid van het recht. Het is dan ook aan de orde om te bekijken welke eisen de rechtspraak en rechtsleer stellen aan het recht in het kader van rechtszekerheid.

²⁶⁴ J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER en Y. HAECK, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 70-71.

²⁶⁵ B. VAN DEN BERGH, “«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie”, *RW*, 2010-2011, nr.9, 352.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ J. LAENENS, “Recht en (on)zekerheid”, *RW*, 1993-1994, nr. 42, 1474; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 24; B. VAN DEN BERGH, “«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie”, *RW*, 2010-2011, nr.9, 352; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 10.

²⁶⁸ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 7-8.

²⁶⁹ B. VAN DEN BERGH, “«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie”, *RW*, 2010-2011, nr.9, 349; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 14.

2.2 Eisen gesteld door de rechtszekerheid

2.2.1 Onderscheid objectieve en subjectieve rechtszekerheid

Ook rechtszekerheid heeft een objectieve en een subjectieve dimensie.²⁷⁰ Objectieve rechtszekerheid is de zekerheid van het recht als systeem en heeft betrekking op de institutionele kenmerken, de bronnen en de inhoud van de regels.²⁷¹ Het zijn de voorwaarden waaraan het objectief recht moet voldoen om de burger in staat te stellen zijn concrete rechtspositie te kennen en hier naar te handelen.²⁷² POPULIER neemt de persoonlijke, sociaal gebonden vrijheid als uitgangspunt voor de invulling van rechtszekerheid.²⁷³ De mens heeft de vrijheid om te kiezen en om zijn keuzes verder te ontwikkelen.²⁷⁴ In theorie zijn de keuzemogelijkheden onbeperkt, maar in praktijk natuurlijk niet. Zo is de vrijheid ook sociaal gebonden: het handelen van een individu gebeurt steeds in een maatschappelijk kader, waardoor ook de belangen van anderen indachtig moeten worden gehouden.²⁷⁵ Naast het maatschappelijk kader handelt het individu ook binnen een juridisch kader. Zoals eerder is besproken, komt de overheid in toenemende mate tussen in het maatschappelijke leven waardoor ze de persoonlijke beslissingsvrijheid beïnvloedt.²⁷⁶ POPULIER ziet in rechtszekerheid een manier om dat overheidsingrijpen juist een onderdeel van de beslissingsvrijheid te maken door bepaalde eisen aan het recht te stellen die het mogelijk moeten maken voor een individu om zijn gedrag af te stemmen op het juridisch kader.²⁷⁷

²⁷⁰ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 941; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", *RW*, 2010-2011, nr.9, 346-347 (hier wordt gesproken over een materieel en een formeel aspect); H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 80; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 329.

²⁷¹ P.W. BROUWER, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 182; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 74.

²⁷² P.W. BROUWER, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 182; P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 161; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 329.

²⁷³ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 156-158.

²⁷⁴ Ibid.

²⁷⁵ Ibid. 157.

²⁷⁶ Ibid. 125

²⁷⁷ Ibid.157

Objectieve rechtszekerheid is zo de vereisten waar het recht moet aan voldoen, opdat een rechtssubject zijn gedrag hier op kan afstemmen. Het is een noodzakelijke voorwaarde voor het bereiken van subjectieve rechtszekerheid.²⁷⁸ BROUWER gaat nog verder en beschouwt de objectieve rechtszekerheid als het middel en subjectieve rechtszekerheid als het doel.²⁷⁹

Subjectieve rechtszekerheid heeft betrekking op de rechtszekerheid zoals die wordt ervaren door het rechtssubject.²⁸⁰ Volgens BROUWER bestaat de subjectieve rechtszekerheid uit de tijdige zekerheid van een rechtssubject over zijn rechtspositie in concrete gevallen.²⁸¹ Subjectieve rechtszekerheid is evenwel ruimer: wanneer iemand vertrouwd heeft op het geldende recht voor het maken van zijn beslissingen en het plannen van zijn toekomst, dan moet hij er ook tot op een bepaalde hoogte op kunnen vertrouwen dat de door hem verwachte rechtsgevolgen zich voordoen.²⁸² Waar objectieve rechtszekerheid vereisten stelt aan het recht opdat een persoon hier naar kan handelen, heeft subjectieve rechtszekerheid betrekking op de gerechtvaardigde verwachtingen die voortvloeien uit dit rechtsconform handelen. Subjectieve rechtszekerheid is dus meer dan louter de mogelijkheid om de eigen rechtspositie te kennen, maar omvat ook de zekerheid van het rechtssubject over het bestaan en behoud van zijn subjectieve rechten.²⁸³ Zowel objectieve als subjectieve rechtszekerheid vereisen dat het recht kenbaar, betrouwbaar en voorspelbaar is.

²⁷⁸ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 941; P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 161-162; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 329.

²⁷⁹ P.W. BROUWER, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 182.

²⁸⁰ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 84.

²⁸¹ P.W. BROUWER, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 182.

²⁸² P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 157.

²⁸³ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 941; VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", *RW*, 2010-2011, nr.9, 347.

2.2.2 Kenbaarheid van het recht

De rechtszekerheid vereist dat het recht kenbaar is, zodat een rechtssubject zijn gedrag hierop kan afstemmen.²⁸⁴ Een eerste reden voor de vereiste van kenbaarheid is de instrumentele functie van het recht. Het recht wordt aangewend als een instrument om menselijk handelen te sturen, dit hoofdzakelijk door middel van sanctionering en normering.²⁸⁵ Om die functie naar behoren te vervullen, moet het recht kenbaar zijn. Het is immers vanzelfsprekend dat iemand pas rekening kan houden met het recht als hij dit kent. Een tweede reden voor de kenbaarheid van het recht ligt in de beperkingen die het recht aan de persoonlijke vrijheid stelt. Het rechtssubject heeft recht op een *'fair warning'*, wat inhoudt dat hij moet kunnen weten wat wel en niet is toegelaten. Onduidelijkheid over de omvang of het bestaan van verplichtingen kan immers leiden tot een *'chilling effect'*: mensen gaan er zich van weerhouden om bepaalde handelingen te stellen, omdat ze niet (zeker) weten of die al dan niet zijn toegelaten.²⁸⁶ Bovendien verzet het recht op zelfbeschikking zich tegen het opleggen van verplichtingen aan iemand zonder dat die verplichtingen gekend kunnen zijn. BROUWER schrijft hierover het volgende: *"Wie een ander onderwerpt aan een norm die niet van tevoren kenbaar is, behandelt die louter als een middel ter bereiking van de eigen doeleinden. Men ontnemt zo iemand de mogelijkheid om zelf te kiezen en behandelt hem of haar niet als een persoon"*.²⁸⁷ Een derde reden voor de kenbaarheid van het recht, is dat het recht het mogelijk moet maken voor een persoon om zijn leven rationeel te plannen. In een wereld met (in theorie) een onbeperkt aantal mogelijkheden moet hij kunnen weten welke verplichtingen, maar ook mogelijkheden, het recht biedt om op een rationele manier tussen de alternatieven te kiezen

²⁸⁴ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 949; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 208-209.

²⁸⁵ P.W. BROUWER, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 184.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ Ibid.

De kenbaarheid van het recht bevat twee aspecten: enerzijds de mogelijkheid om kennis te nemen van de rechtsregels (materiële kenbaarheid), anderzijds de mogelijkheid om die rechtsregels te begrijpen (intellectuele kenbaarheid).²⁸⁸ Het is duidelijk dat rechtsregels pas kunnen worden begrepen wanneer deze in de eerste plaats raadpleegbaar zijn.²⁸⁹ Een vergelijking met het opvolgen van de actualiteit kan dit eventueel verduidelijken. Om de actualiteit te kunnen volgen, heeft men toegang nodig tot nieuwsbronnen. Elk artikel zal door de lezer pas kunnen begrepen worden van zodra hij de kans heeft om het te lezen. Toegang tot een krant of een nieuwswebsite zal evenwel niet volstaan zolang de informatie niet is weergegeven op een manier die toegankelijk is voor haar lezers. Een zeer technisch krantenartikel over een onderwerp waar de lezer geen bijzondere kennis van heeft, zal voor die laatste van weinig waarde zijn.

2.2.2.1 Materiële toegankelijkheid

Het recht moet dus in de eerste plaats kenbaar worden gemaakt aan de burgers²⁹⁰, wat voornamelijk gebeurt door middel van het geven van publiciteit aan regelgeving.²⁹¹ Voor de bekendmaking van wetgeving vormt dit geen probleem. Wetgeving wordt gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad en is volgens artikel 190 van de Grondwet pas verbindend ten aanzien van de burger vanaf de bekendmaking.²⁹² Of er evenwel veel mensen de tijd vrijmaken om het Belgisch Staatsblad door te nemen, kan in vraag worden gesteld. Desalniettemin heeft de overheid haar taak vervuld door de burger in de mogelijkheid te voorzien om kennis te nemen van de wetgeving, waardoor de verantwoordelijk ligt bij deze laatste om dat ook effectief te doen.

²⁸⁸ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 18-19; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 207-208; P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 425.

²⁸⁹ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 19; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 208.

²⁹⁰ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 18.

²⁹¹ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 208-209; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", *RW*, 2010-2011, nr.9, 346-347.

²⁹² B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", *RW*, 2010-2011, nr.9, 346-347.

De situatie is volledig anders voor de publicatie van rechtspraak. In hoofdstuk 1.3 werd reeds gepleit voor het verlaten van de fictie dat de rechter enkel het recht toepast en niet zelf creëert, aangezien de rechtspraak als rechtsbron vandaag de dag niet langer ontkend kan worden. De erkenning als volwaardige rechtsbron brengt de verantwoordelijkheid met zich mee om aan dezelfde eisen van rechtszekerheid te voldoen als deze die gelden voor wettelijke regelgeving.²⁹³ Het gevolg hiervan is dat de rechtsregels die voortvloeien uit rechtspraak eveneens raadpleegbaar moet zijn. In hoofdstuk 1.3 is er echter op gewezen dat slechts een (klein) deel van de rechtspraak wordt gepubliceerd en er weinig inzage is op basis van welke criteria de selectie gebeurt.²⁹⁴ Bovendien is het voor de gewone burger zo goed als onmogelijk hier gratis toegang tot te krijgen, aangezien een groot deel van de gepubliceerde rechtspraak achter een betaalmuur zit.²⁹⁵ De beperkte toegankelijkheid van de rechtspraak botst dan ook met de vereiste van de kenbaarheid van het recht. Een eerste stap naar meer rechtszekerheid is een publicatie van alle rechtspraak.²⁹⁶

²⁹³ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, *TPR*, 1989, 974.

²⁹⁴ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, *TPR*, 1989, 974; P. TAELEMAN en M. VAN DER HAEGEN, “Recht op recht! Publicatie van Rechtspraak.” In M. DE VOS, F. KÉFER, P. HUMBLET, R. DE CORTE; E VAN HOORDE en M. HENDRYCKX (eds.), *De taal is het recht: Liber Amicorum Willy Van Eeckhoutte*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 263-267.

²⁹⁵ P. TAELEMAN en M. VAN DER HAEGEN, “Recht op recht! Publicatie van Rechtspraak.” In M. DE VOS, F. KÉFER, P. HUMBLET, R. DE CORTE; E VAN HOORDE en M. HENDRYCKX (eds.), *De taal is het recht: Liber Amicorum Willy Van Eeckhoutte*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 263-267.

²⁹⁶ B. VAN DEN BERGH, “«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie”, *RW*, 2010-2011, nr.9, 359.

2.2.2.2 Intellectuele toegankelijkheid

Om een burger de mogelijkheid te geven om rekening te houden met het recht bij het stellen van zijn handelingen, moet hij dit recht in principe kunnen begrijpen.²⁹⁷ Het recht moet duidelijk zijn voor de gewone burger, want het is hij die dagdagelijks allerhande rechtshandelingen stelt en moet kunnen uitmaken tot welke rechten en verplichtingen hij zich verbindt.²⁹⁸ Essentieel daarbij is de vraag hoe het recht dit best verwezenlijkt. Wetende dat de burger op de rechtsregels moet kunnen terugvallen om zijn beslissingen te maken, lijkt het op het eerste gezicht logisch om te eisen dat de regelgeving op een eenvoudige en gedetailleerde manier is opgesteld. Aangezien rechtsonzekerheid wordt veroorzaakt door een gebrek aan informatie moet een voldoende specifieke formulering duidelijkheid brengen over wat de burger mag, moet en kan doen.²⁹⁹ Een simpel taalgebruik moet er daarnaast voor zorgen dat de inhoud van het recht voor iedereen toegankelijk is. In de praktijk is dit echter niet zo eenvoudig.

Regelgeving mag niet te gedetailleerd zijn, aangezien dit ook rechtsonzekerheid met zich meebrengt.³⁰⁰ Er is een groter risico op regels die elkaar overlappen of tegenspreken.³⁰¹ Daarnaast zou het burgers aanzetten tot het zoeken naar achterpoortjes om buiten het toepassingsgebied van de regel te vallen. Als reactie hierop zullen sommige rechters geneigd zijn de wet ruimer te interpreteren om ook deze gevallen onder het toepassingsgebied van de regel te brengen.³⁰² Het gevolg is dat de gedetailleerde regelgeving onvolledig wordt, aangezien ze aangevuld moet worden met de rechterlijke interpretatie.

²⁹⁷ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 223.

²⁹⁸ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 949.

²⁹⁹ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 224.

³⁰⁰ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 224; N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 953.

³⁰¹ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 224.

³⁰² N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 953.

Hier komt nog bij dat de realiteit gewoonweg te ingewikkeld is om te vatten door een exhaustief wettelijk optreden³⁰³ en dat er een inherente complexiteit is aan het recht.³⁰⁴ Deze complexiteit eenvoudiger voorstellen dan ze is, kan dan ook misleidend zijn. Zodra een woord in een juridische context wordt gebruikt, krijgt ze een eigen betekenis. Daardoor kan er een belangrijk verschil bestaan tussen het gebruik van een woord in het dagelijkse taalgebruik en in een juridische context, zoals wordt geïllustreerd door het verschil tussen ‘eigendom’ en ‘bezit’. In de volksmond worden deze woorden vaak door elkaar gebruikt, terwijl er een belangrijk juridisch verschil is. Iemand die het bezit over een goed heeft, zal immers enkel de feitelijke exclusieve macht over het goed hebben maar geen eigenaar zijn.³⁰⁵ De complexiteit van het recht en het feit dat het een eigen begrippenapparaat heeft dat soms een andere invulling geeft aan alledaagse woorden maakt het moeilijk voor de doorsnee burger om dit te begrijpen.

Tot nog toe is de kenbaarheidsvereiste steeds benaderd vanuit de invalshoek dat de burger het *recht* heeft om het juridisch kader waarbinnen hij zijn persoonlijke vrijheid moet uitoefenen te kennen. Omgekeerd kan ze ook worden geanalyseerd vanuit de *plicht* voor burgers om het recht te kennen. Volgens het adagium *nemo censetur ignorare legem* wordt iedereen geacht de wet te kennen, maar kan dit niet enkel van de burger gevraagd worden wanneer het recht daadwerkelijk kenbaar is? Boeiend in dit kader is de bijdrage van CLAEYS en CORNELIS, die een kritische kijk geven op het adagium.³⁰⁶

³⁰³ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 953-954; P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, Die Keure, 2011, 34; J. M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 69; H.L.A HART, *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 128; W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, N.V. Scriptoria, 1973, 64; B. VAN DEN BERGH, “« Recht zkt zekerheid » voor vaste relatie”, *RW*, 2010-2011, nr.9, 351; A. VERBEKE, “Rechtszekerheid en aansprakelijkheid in het familiaal vermogensrecht”, *RW*, 2011, nr. 39, 1657; S. VERSTRAELEN, *Rechterlijk overgangsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 30.

³⁰⁴ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 19-20; I. CLAEYS en L. CORNELIS, “Het vergiftigde geschenk: elkeen wordt geacht de wet te kennen” in *Preadviezen 2014. /: Openbaarheid van overheidsinformatie, Causaliteit in het strafrecht, ieder wordt geacht de wet te kennen (nemo censetur ignorare legem)*, 240-255.

³⁰⁵ A. WYLLEMAN, *Goederenrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 29.

³⁰⁶ Zie I. CLAEYS en L. CORNELIS, “Het vergiftigde geschenk: elkeen wordt geacht de wet te kennen” in *Preadviezen 2014. /: Openbaarheid van overheidsinformatie, Causaliteit in het strafrecht, ieder wordt geacht de wet te kennen (nemo censetur ignorare legem)*, 233-351.

2.2.2.3 Iedereen wordt geacht de wet te kennen

Al snel is duidelijk dat het beginsel niets te maken heeft met de daadwerkelijke kennis van het rechtssubject over het recht, maar met de finaliteit van de rechtsregel om de samenleving te ordenen.³⁰⁷ Zodra de toepassingsvoorwaarden vervuld zijn, wordt de regel toegepast. Dezelfde kritiek die we eerder bij CORNELIS zagen over de subjectiviteit van het rechterlijk oordeel en de fictie die het feitenrelaas is, komt hier terug.³⁰⁸ Het rechtssubject kan onmogelijk de relevante feiten kennen, waardoor ook het recht niet gekend kan zijn. De toepasselijke rechtsregels worden immers in functie van de relevante feiten bepaald. Het beginsel is een fictie, want voor de toepassing van een rechtsregel is de daadwerkelijke kennis van het recht door het rechtssubject van geen belang.

Het recht is complex. Tot die conclusie komen CLAEYS en CORNELIS na een analyse van hoe regels wettelijk tot stand komen, achteraf geïnterpreteerd worden en hoe de geschillenbeslechting verloopt. Een wettelijke rechtsregel en haar rechtsgevolgen worden bepaald op basis van wat er in de samenleving leeft op economisch, sociaal, moreel, politiek en/of juridisch vlak. Het maken van zo een regel is derhalve niet eenvoudig. Hetzelfde geldt voor het kennen en begrijpen van die regel, dat kennis vereist van de in acht genomen maatschappelijke elementen en nagestreefde doelstellingen. In plaats van die elementen en doelstellingen te achterhalen, merken CLAEYS en CORNELIS een tendens van de rechtsbeoefenaar om bij de interpretatie van de wettelijke rechtsregels eigen inzichten aan die van de wetgever toe te rekenen. Ook de rechterlijke besluitvorming gaat gebukt onder complexiteit. Rechters moeten een oordeel vellen op basis van een gebrekkig feitenrelaas en worden vervolgens geconfronteerd met slecht of niet omschreven toepassingsvoorwaarden, die het voorwerp van discussie zijn in doctrine en rechtspraak. Het is in dat kader dat de rechter tot een oordeel moet komen, waarbij het onvermijdelijk is dat hij daarbij beïnvloed (of zelfs geleid) wordt door zijn eigen persoonlijkheid. Al deze elementen leiden tot de conclusie dat complexiteit eigen is aan het rechtsgebeuren.³⁰⁹

³⁰⁷ I. CLAEYS en L. CORNELIS, "Het vergiftigde geschenk: elkeen wordt geacht de wet te kennen" in *Preadviezen 2014. /:Openbaarheid van overheidsinformatie, Causaliteit in het strafrecht, ieder wordt geacht de wet te kennen (nemo censetur ignorare legem)*, 233-239.

³⁰⁸ Zie hoofdstuk 1.1. over de fictie van het feitenrelaas en hoofdstuk 1.2.2.4 over de subjectiviteit van de rechter.

³⁰⁹ Ibid. 240-255.

Daarnaast is ook sprake van een toenemende complexiteit van de samenleving in het algemeen door een eeuwig conflict tussen het eigenbelang van het individu en het belang van de samenleving, waarbij het eigenbelang recent (weer) aan de winnende hand zou zijn.³¹⁰ Zelfs voor juristen blijft het recht een complex gebeuren, waardoor de premisse dat iedereen geacht wordt het recht te kennen van weinig realiteitszin getuigt.

³¹⁰ Ibid. 268-284.

De conclusie voor de vereiste van kenbaarheid is hard: het recht is door velen niet gekend en voor de meesten niet kenbaar.³¹¹ Een rechtssubject heeft maar een beperkte toegang tot het recht, ook als hiervoor beroep wordt gedaan op een jurist. Sterker nog, zelfs moest die toegang er zijn, is het nog onwaarschijnlijk dat de doorsnee burger het recht kan kennen. Net zoals de samenleving die ze probeert te ordenen, wordt het recht immers steeds complexer. Toch zou van de burger geacht worden dat deze het recht kent, terwijl zelfs juristen moeten toegeven dat zijzelf het recht maar tot op een zekere hoogte (kunnen) kennen.³¹² De idee dat iedereen wordt geacht de wet te kennen, wordt afgedaan als een fictie³¹³ en terecht. De toepassing van het recht staat los van de effectieve kennis in hoofde van het rechtssubject.³¹⁴ Het rechtssysteem zou immers onwerkbaar zijn als iemand zich kan bevrijden van de toepassing van het recht, omdat hij het niet kent. De fictie is dan ook nodig, omdat we als mens bij het maken van onze beslissingen er op moeten kunnen rekenen dat anderen in het rechtsverkeer het recht gehoorzamen.³¹⁵ De rechtszekerheid, namelijk dat het recht kenbaar moet zijn opdat burgers dit kunnen naleven, moet wijken voor de materiële zekerheid dat iedereen zijn acties baseert op het geldende recht. Het is duidelijk dat de kenbaarheid zoals ze klassiek wordt opgevat voor enkele serieuze uitdagingen staat.

³¹¹ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 949; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", RW, 2010-2011, nr.9, 349; I. CLAEYS en L. CORNELIS, "Het vergiftigde geschenk: elkeen wordt geacht de wet te kennen" in *Preadviezen 2014. /:Openbaarheid van overheidsinformatie, Causaliteit in het strafrecht, ieder wordt geacht de wet te kennen (nemo censetur ignorare legem)*, 233-254.

³¹² N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 950; I. CLAEYS en L. CORNELIS, "Het vergiftigde geschenk: elkeen wordt geacht de wet te kennen" in *Preadviezen 2014. /:Openbaarheid van overheidsinformatie, Causaliteit in het strafrecht, ieder wordt geacht de wet te kennen (nemo censetur ignorare legem)*, 236.

³¹³ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 27; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", RW, 2010-2011, nr.9, 346-347, voetnoot 16; I. CLAEYS en L. CORNELIS, "Het vergiftigde geschenk: elkeen wordt geacht de wet te kennen" in *Preadviezen 2014. /:Openbaarheid van overheidsinformatie, Causaliteit in het strafrecht, ieder wordt geacht de wet te kennen (nemo censetur ignorare legem)*, 236; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 224.

³¹⁴ I. CLAEYS en L. CORNELIS, "Het vergiftigde geschenk: elkeen wordt geacht de wet te kennen" in *Preadviezen 2014. /:Openbaarheid van overheidsinformatie, Causaliteit in het strafrecht, ieder wordt geacht de wet te kennen (nemo censetur ignorare legem)*, 236.

³¹⁵ B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", RW, 2010-2011, nr.9, 346-347, voetnoot 16; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 224.

2.2.3 *Betrouwbaarheid van het recht*

Het rechtssubject moet op het recht kunnen vertrouwen, indien dit als een juridisch kader wilt dienen waarbinnen het rechtssubject rationele beslissingen kan maken en zijn toekomst kan plannen.³¹⁶ De vereiste van betrouwbaarheid is nauw verbonden met de werking van het recht in de tijd. Het veronderstelt een zekere continuïteit van het huidige recht naar de toekomst toe en een zekere mate van respect voor wat er tot op heden onder het geldende recht tot stand is gekomen.³¹⁷ In de woorden van ÀVILA: “*Citizens need to be able to know whether the freedom they legally exercised yesterday will be respected today, and whether the freedom they exercise today will be respected tomorrow*”.³¹⁸

Het vormt een uitdaging om weer te geven wat exact in de rechtsliteratuur wordt begrepen onder de vereiste van betrouwbaarheid van het recht. Het eerste probleem dat zich stelt, is het gebrek aan consensus over de inhoud van het rechtszekerheidsbeginsel. Dit zorgt ervoor dat niet elke auteur dezelfde eisen stelt aan het recht of dat nadrukken anders worden gelegd. Een tweede probleem is dat sommige auteurs aan gelijkaardige begrippen een andere invulling geven. Zo doelt ÀVILA met de term ‘*reliability*’ op het verbod om aanpassingen te maken in het heden voor dingen verworven in het verleden en gebruikt hij ‘*calculability*’ voor zaken uit het heden die moeten behouden worden naar de toekomst toe.³¹⁹ Hij maakt daarbij een onderscheid tussen de overgang van het verleden naar het heden en van het heden naar de toekomst. PIAZZON wijst dan weer met de vereiste van ‘*stabilité*’ op de nood aan stabiliteit van de rechtspositie zoals die vandaag bestaat, wanneer hij spreekt over de legitieme verwachtingen en het plannen naar de toekomst toe dan spreekt hij over ‘*prévisibilité*’.³²⁰ Verder verstaat POPULIER onder ‘betrouwbaarheid van de regelgeving’ het vertrouwen dat de intrede van de rechtsgevolgen die door een rechtsregel aan een rechtsfeit worden gekoppeld niet achteraf worden verhinderd door een latere regel die niet voorzien kon worden.³²¹ De ‘berekendbaarheid van de regelgeving’ is dan de duidelijkheid over de gelding van een rechtsregel in de tijd.³²²

³¹⁶ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 165; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 45.

³¹⁷ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 34; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 242.

³¹⁸ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 242.

³¹⁹ Ibid. 243.

³²⁰ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 27-49.

³²¹ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 561.

³²² Ibid.

Zo krijgt de 'berekendbaarheid' en de '*calculability*' van het recht een andere invulling naargelang de auteur die wordt geraadpleegd, terwijl ze taalkundig hetzelfde betekenen. In deze masterproef is er gekozen voor betrouwbaarheid als overkoepelende vereiste en voor stabiliteit om het behoud van de rechtsorde of de rechtspositie zoals die in het heden bestaat aan te duiden.

2.2.3.1 Objectieve en subjectieve stabiliteit

Betrouwbaarheid vereist in de eerste plaats dat de rechtsorde een minimale vorm van stabiliteit vertoont, wat een objectief en subjectief aspect heeft.³²³ Objectieve stabiliteit vereist dat het rechtssysteem niet te frequent verandert, omdat dit leidt tot een klimaat van wantrouwen. Een rechtssysteem dat van dag op dag wijzigt, maakt het immers onmogelijk voor rechtsonderhorigen om hun gedrag hierop af te stemmen en lange termijnplannen te maken.³²⁴ Toch mag de objectieve stabiliteit niet begrepen worden als de onveranderlijkheid van de rechtsorde. Het recht moet immers mee kunnen evolueren met de sociale werkelijkheid die ze probeert te ordenen.³²⁵ De ontwikkeling van het recht krijgt de voorkeur op de stabiliteit van het rechtssysteem. Volgens PIAZZON is stabiliteit een goede eigenschap voor een rechtssysteem om te hebben, maar is het geen doel van het recht op zich.³²⁶ De instabiliteit van het objectief recht zou eerder een gevoel van onzekerheid geven, dan dat het daadwerkelijk onzekerheid meebrengt voor de individuele situatie van het rechtssubject.³²⁷ Hiermee bedoelt hij dat veranderingen van het recht pas echt onzekerheid met zich meebrengen, indien ze gevolgen hebben voor de individuele rechtspositie van een rechtssubject. Die subjectieve stabiliteit speelt een belangrijke(re) rol in het kader van rechtszekerheid.

³²³ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 245.

³²⁴ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 951 en 964; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", RW, 2010-2011, nr.9, 347; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 245.

³²⁵ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 964;; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 245.

³²⁶ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 33-34.

³²⁷ Ibid. 37-38.

Subjectieve stabiliteit vereist dat de individuele rechtspositie van een rechtssubject niet zomaar aangetast kan worden, in het bijzonder zijn subjectieve rechten.³²⁸ De subjectieve stabiliteit eist de bescherming van situaties waarvan de rechtsgevolgen al volledig verwezenlijkt zijn. Volgend citaat van DE PAGE over de niet-retroactiviteit van de wetgeving vat het belang van die stabiliteit perfect: *“D'autre part, le principe de la non-rétroactivité des lois est la sauvegarde indispensable des intérêts individuels, et la base fondamentale de la sécurité juridique. Il serait inadmissible, économiquement et socialement, que les droits des citoyens, leur fortune, leur condition personnelle, les effets de leurs actes et de leurs contrats, puissent à chaque instant être modifiés, contestés ou supprimés par un changement de législation. Ceux qui se sont conformés à la loi en vigueur au moment où ils ont agi, doivent conserver le prix de la confiance qu'ils lui ont faite. Sans ce gage de stabilité, toute vie juridique deviendrait impossible. On ne contracterait plus, on n'agirait plus, puisqu'on n'aurait aucune certitude de conserver le bénéfice de son activité”*.³²⁹ Subjectieve stabiliteit is essentieel voor rechtszekerheid, omdat iemand geen incentive heeft om zijn gedrag op het recht af te stemmen als hij er niet van kan uitgaan dat de rechtsgevolgen van zijn beslissing de volgende dag standhouden.

³²⁸ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 965; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 38.

³²⁹ Geciteerd uit: N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 965.

De vereiste van stabiliteit van de rechtspositie heeft in de eerste plaats betrekking op subjectieve rechten, dit zijn juridisch bekrachtigde aanspraken en bevoegdheden die een rechtssubject op bepaalde zaken of jegens bepaalde personen kan uitoefenen.³³⁰ Het zijn voorrechten die een rechtssubject aan het objectief recht ontleent en waarover deze in principe vrij kan beschikken, zoals bijvoorbeeld het eigendomsrecht over een goed of een contractuele schuldvordering.³³¹ Subjectieve rechten zijn er juist om een positie van zekerheid te geven, waardoor het objectief recht hier niet zomaar afbreuk aan mag doen.³³² Het rechtssubject moet er dan ook op kunnen vertrouwen dat hij die subjectieve rechten in de toekomst kan uitoefenen aan de voorwaarden waar hij ze initieel is onder aangegaan.³³³ Eenmaal de voorwaarden zijn vervuld, moet het rechtssubject er op kunnen vertrouwen dat het daaraan gekoppelde rechtsgevolg zich voordoet.³³⁴ Hier achteraf afbreuk aan doen, komt neer op het behandelen van burgers als een speelbal van de regelgevers.³³⁵ De rechtspositie van een rechtssubject is evenwel ruimer dan enkel zijn subjectieve rechten. Het omvat ook de rechten en plichten die het objectief recht hem oplegt als een reactie op het stellen van bepaalde handelingen, denk aan het burgerlijke en strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht, of voor het toetreden tot bepaalde instellingen van het recht, zoals het sluiten van een huwelijk.³³⁶

³³⁰ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 35; P. TAELEMAN en G. VERSCHULDEN, *Basisbegrippen van het recht*, Leuven, Acco, 2017, 15.

³³¹ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 37.

³³² T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 38.

³³³ Ibid. Piazzon heeft het hier in de eerste plaats over contractuele aanspraken, dit wordt verder uitgewerkt in een apart hoofdstuk over de bijzondere plaats van rechtszekerheid in het verbintenissenrecht.

³³⁴ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 251.

³³⁵ Ibid.

³³⁶ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 35-36.

Ook de verjaring is een bron van rechtszekerheid, doordat ze stabiliteit geeft aan individuele rechtstoestanden.³³⁷ Volgens artikel 2219 BW is de verjaring een middel om, door verloop van een zekere tijd en onder de voorwaarden die de wet bepaalt, iets te verkrijgen of van een verbintenis bevrijd te worden. Er vallen daaruit twee verschillende vormen van verjaring af te leiden: de bevrijdende verjaring die een zakelijk recht of een schuldvordering tenietdoet en de verkrijgende verjaring die zakelijke rechten doet verkrijgen.³³⁸ De verjaring heeft een pacificerende rol en beantwoordt aan de maatschappelijke nood om na een verloop van tijd einde te stellen aan betwistingen.³³⁹ Het is immers moeilijker om feiten te kunnen reconstrueren en bewijzen naarmate dat er meer tijd is over heen gegaan.³⁴⁰ Dit verantwoordt dat een feitelijke toestand die een bepaalde tijd heeft bestaan door het recht wordt erkend.³⁴¹ De verjaring zorgt zo voor juridische stabiliteit van die feitelijke toestand. De bevrijdende verjaring vermijdt dat de schuldenaar in een blijvende onzekerheid verkeert over het feit of hij alsnog zal moeten presteren en zorgt ervoor dat hij het bewijs van zijn juridische positie niet voor altijd moet bewaren.³⁴² De verkrijgende verjaring vermijdt op haar beurt dat er eindeloze discussies kunnen worden gevoerd over wie nu de uiteindelijke eigenaar is van een goed.³⁴³ Het geeft de bezitter, die het goed gedurende een bepaalde periode in zijn bezit heeft en die aan bepaalde voorwaarden voldoet, de zekerheid dat zijn eigendomsrecht niet meer in vraag kan worden gesteld.³⁴⁴

³³⁷ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 34; I. Claeys, "Overzicht van rechtspraak bevrijdende verjaring (1992-2017)", TPR, 2018, 612.

³³⁸ N. PEETERS, "Verjaring", in J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., V.3 – 50; R. DEKKERS, G. BAETEMAN en E. DIRIX, *Handboek Burgerlijk Recht - Deel II: Zakenrecht, zekerheden en verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 497.

³³⁹ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 34.

³⁴⁰ R. DEKKERS, G. BAETEMAN en E. DIRIX, *Handboek Burgerlijk Recht - Deel II: Zakenrecht, zekerheden en verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 497-498.

³⁴¹ N. PEETERS, "Verjaring", in J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., V.3 – 50.

³⁴² I. Claeys, "Overzicht van rechtspraak bevrijdende verjaring (1992-2017)", TPR, 2018, 612.

³⁴³ A. WYLLEMAN, *Goederenrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 27.

³⁴⁴ Ibid.

Interessant is dat het doel van de verjaring niet is om rechtszekerheid in hoofde van het rechtssubject te beschermen, maar om de goede rechtsbedeling en sociale rust te verzekeren.³⁴⁵ Een schuldenaar die zijn contract niet is nagekomen, verdient in principe geen voordeel te halen op grond van de rechtszekerheid.³⁴⁶ Het is daarentegen het algemeen belang³⁴⁷ dat er baat bij heeft dat aan bepaalde feitelijke situaties juridische stabiliteit wordt verleend.³⁴⁸

2.2.3.2 Legitieme verwachtingen

De vereiste van betrouwbaarheid is niet beperkt tot de bescherming van de rechtspositie van het rechtssubject zoals ze tot op heden bestaat (stabiliteit), maar omvat ook de bescherming van diens legitieme verwachtingen naar de toekomst toe. Vereist is dat het recht een zekere bescherming geeft aan de plannen en verwachtingen die zijn gemaakt op basis van het thans geldende juridisch kader.³⁴⁹ De betrouwbaarheidsvereiste wordt voornamelijk op de proef gesteld door werking van het recht in de tijd.³⁵⁰ Daarbij staan er verschillende belangen tegenover elkaar. Enerzijds de nood aan een regelgeving die betrouwbaar en bestendig is over een langere termijn, anderzijds het democratisch principe dat stelt dat de regelgever de bevoegdheid heeft om situaties naar eigen inzichten te regelen en de nood om regelgeving aan nieuwe situaties aan te passen.³⁵¹

³⁴⁵ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 43.

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ Dit is althans het idee, maar een analyse van de rechtspraak en wetgeving toont aan dat de figuur van verjaring in de praktijk gepaard gaat met veel complexiteit wat afbreuk doet aan deze doelstellingen. Voor die analyse en een bespreking daarvan zie: I. Claeys, "Overzicht van rechtspraak bevrijdende verjaring (1992-2017)", *TPR*, 2018, 605-837.

³⁴⁸ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 43; I. Claeys, "Overzicht van rechtspraak bevrijdende verjaring (1992-2017)", *TPR*, 2018, 612.

³⁴⁹ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 159.

³⁵⁰ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 44

³⁵¹ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 295; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 258; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 333.

Het uitgangspunt is dat de regelgevende functie de bevoegdheid behoudt om bestaande verhoudingen aan nieuwe regelgeving te onderwerpen, aangezien het recht moet mee evolueren met nieuwe maatschappelijke behoeften en inzichten.³⁵² Die bevoegdheid van de regelgever is echter niet absoluut. Een persoon moet er op kunnen vertrouwen dat zijn rechtspositie achteraf niet zonder gegronde wijze verslechtert door een nieuwe regeling die hij niet kon voorzien.³⁵³ Het vertrouwen in de bestaande regelgeving wordt beschermd door het vertrouwensbeginsel. Het vertrouwensbeginsel speelt ten opzichte van regelgeving, die door haar bijzondere werking in de tijd, ingrijpt in de planning en berekeningen van een persoon.³⁵⁴ Daarbij treedt het op als een correctiemechanisme ten aanzien van regelgeving die door haar werking in de tijd het vertrouwen in een rechtsregel te zwaar dreigt te beschamen.³⁵⁵ Het beginsel speelt een cruciale rol in het spanningsveld tussen het belang van wijzigende regelgeving en de verwachtingen die zijn ontstaan bij rechtsonderhorigen op basis van het geldende recht. Het vereist een afweging tussen het belang van de werking in de tijd van de rechtsregel en de legitimiteit van het vertrouwen van het rechtssubject.³⁵⁶

³⁵² Ibid.

³⁵³ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 295.

³⁵⁴ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 173.

³⁵⁵ Ibid. 314-315.

³⁵⁶ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 581-584.

2.2.3.3 Werking van de wet in de tijd

Er zijn verschillende manieren waarop de wet in de tijd kan werken. Heeft de wetgever het nagelaten om de werking van het recht in de tijd te regelen, dan wordt dit beheerst door het algemeen overgangsrecht.³⁵⁷

Het uitgangspunt is dat nieuwe wetgeving in principe geen retroactieve werking mag hebben, dit wilt zeggen dat de wet geen rechtsgevolgen mag hebben voor rechtsfeiten die zich in het verleden hebben voorgedaan en volledig verwezenlijkt zijn.³⁵⁸ Het rechtssubject kan er in theorie op vertrouwen dat als de rechtsgevolgen conform het op dat moment geldende recht tot stand zijn gekomen hier achteraf geen afbreuk aan wordt gedaan. Dit wordt als een fundamenteel beginsel binnen de rechtsorde beschouwd en wilt de rechtszekerheid en de rechtmatige verwachtingen van de rechtsonderhorigen beschermen³⁵⁹, in het bijzonder de subjectieve stabiliteit.³⁶⁰ Het is immers onmogelijk voor een persoon om zijn gedrag af te stemmen op recht dat nog niet bestaat op het moment van zijn handelen.³⁶¹ Wetgeving moet dan ook in de eerste plaats toekomstgericht zijn als het menselijk handelen wilt sturen.³⁶² Nochtans is het verbod van retroactiviteit niet absoluut. Artikel 1 BW bepaalt dat de wet alleen beschikt over het toekomstige en geen terugwerkende kracht heeft, maar aangezien dit vastgelegd is in een gewone wet kan de wetgever hiervan afwijken.³⁶³ De wetgever kan dit evenwel enkel doen wanneer bijzondere omstandigheden dit verantwoorden.³⁶⁴

³⁵⁷ T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 31.

³⁵⁸ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 965; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 35; D. BIJNENS, H. BORTELS en J. THEUNIS, "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", TVW, 2019, nr. 2, 60.

³⁵⁹ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 310; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 36-37.

³⁶⁰

³⁶¹ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 258

³⁶² Ibid.

³⁶³ T. REYNTJES, "Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst", *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 718.

³⁶⁴ Ibid.

Zo stelt het Grondwettelijk Hof dat de regelgever niet zonder objectieve en redelijke verantwoording afbreuk mag doen aan het belang van rechtsonderhorigen om de rechtsgevolgen van hun handelen te voorzien.³⁶⁵ Het vertrouwensbeginsel vereist dat wetgeving enkel in de tijd kan terugwerken ten aanzien van een rechtssubject wanneer hier redenen voor zijn die zwaarder doorwegen dan het vertrouwen van het betrokken rechtssubject. Dit kan bijvoorbeeld zijn omdat de vereiste van algemeen belang dermate dwingend is of het vertrouwen minder beschermingswaardig.

De regel is dat nieuwe wetgeving onmiddellijke werking heeft, dit wilt zeggen dat ze van toepassing is op toekomstige rechtsfeiten en op de rechtsgevolgen van rechtsfeiten die zich reeds hebben voorgedaan in zoverre deze nog lopende zijn.³⁶⁶ De onmiddellijke werking als uitgangspunt is niet gebaseerd op het rechtzekerheidsbeginsel of omdat het de logische tegenhanger van het verbod van retroactiviteit zou zijn, maar is daarentegen een beleidsmatige keuze.³⁶⁷ Indien het vertrouwensbeginsel als basis zou zijn genomen voor het overgangsrecht, dan was de eerbiedigende werking de principiële regel geweest.³⁶⁸ Wetgeving met eerbiedigende werking heeft immers alleen betrekking op rechtsfeiten die zich voordoen na de inwerkingtreding van de wet.³⁶⁹ Op die manier blijven de verwachtingen op basis van het voordien geldende recht onaangeroerd. De keuze voor onmiddellijke werking is daarentegen gebaseerd op de eenheid van het recht, die veronderstelt dat dezelfde situaties niet onder twee verschillende regimes vallen in eenzelfde periode.³⁷⁰ Onder de eerbiedigende werking zou dit wel het geval zijn, aangezien de nieuwe en de oude wet dan naast elkaar worden toegepast.³⁷¹

³⁶⁵ D. BIJNENS, H. BORTELS en J. THEUNIS, “Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof”, *TVW*, 2019, nr. 2, 59.

³⁶⁶ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtzekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, *TPR*, 1989, 965; P. POPULIER, *Rechtzekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 299; P. POPULIER, *Rechtzekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 309; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 54.

³⁶⁷ T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 53.

³⁶⁸ P. POPULIER, *Rechtzekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 573.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ P. POPULIER, *Rechtzekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 572; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 53.

³⁷¹ T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 53.

Ook de veronderstelling dat de nieuwe wet beter is dan de oude wordt soms als basis genomen, maar de waarde van de wetgeving en haar werking in de tijd zijn twee zaken die gescheiden moeten gehouden worden.³⁷² Ondanks dat wetgeving met onmiddellijke werking geen terugwerkende kracht heeft, kan ze toch een gevaar inhouden voor de legitieme verwachtingen van het rechtssubject.³⁷³ Bijvoorbeeld wanneer deze al aanzienlijk heeft geïnvesteerd in plannen die nog niet afgewikkeld zijn voor de inwerkingtreding.³⁷⁴

Het vertrouwensbeginsel is niet de basis voor het algemeen overgangsrecht, maar fungeert daarentegen als een correctiemechanisme.³⁷⁵ Het vereist een afweging tussen het belang van de werking in de tijd van de rechtsregel en de legitimiteit van het vertrouwen van het rechtssubject.³⁷⁶ Hierna worden verschillende factoren besproken die meespelen in die afweging.

³⁷² N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 966; T. REYNTJES, “Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst”, *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 718; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 53.

³⁷³ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 310; D. BIJNENS, H. BORTELS en J. THEUNIS, “Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof”, TVW, 2019, nr. 2, 59.

³⁷⁴ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 310.

³⁷⁵ Ibid. 573.

³⁷⁶ Ibid. 581-584.

2.2.3.4 *Criteria vertrouwensbeginsel*

Bij de concrete afweging op basis van het vertrouwensbeginsel zijn er meerdere factoren die meespelen in de beoordeling van de werking van de rechtsregel in de tijd.³⁷⁷ De criteria zijn hetzelfde voor wetgeving met retroactieve werking als voor wetgeving met onmiddellijke werking.³⁷⁸ POPULIER somt een achttal doorslaggevende elementen op aan de hand van een analyse van verschillende rechterlijke instanties, waaronder het Hof van Justitie en het Bundesverfassungsgericht.³⁷⁹ Een eerste element is of het bestaan van de rechtsregel een determinerend criterium was om een beslissing te nemen of dat de regelgever zelf heeft aangespoord om een bepaalde beslissing te nemen. Bijvoorbeeld wanneer een ondernemer is aangemaand om gedurende een bepaalde periode en tegen betaling van een premie geen melk op de markt te brengen, dan mag hij verwachten dat hij achteraf niet geconfronteerd wordt met beperkingen die hem in het bijzonder treffen omdat hij van deze regeling gebruik heeft gemaakt. Een tweede element is de mate waarin het rechtssubject heeft geïnvesteerd in zijn vertrouwen en waarin hij zijn plannen nog kan aanpassen. Heeft de nieuwe regel geen of slechts minieme schade met zich meegebracht, dan zal het beroep op het vertrouwensbeginsel onsuccesvol zijn. Daarbij speelt de mate waarin het rechtssubject nog de mogelijkheid heeft om zijn plannen aan te passen aan de nieuwe regelgeving een belangrijke rol, omdat dit hem kan toelaten de schade te beperken. De (on)mogelijkheid om de plannen nog aan te passen aan de nieuwe regelgeving speelt voornamelijk in het nadeel van retroactieve regelgeving die verplichtingen of voorwaarden oplegt waar het rechtssubject in het verleden moest aan voldoen en nu niet meer aan kan voldoen. De eerste twee elementen waarborgen de beslissingsvrijheid binnen het juridisch kader, maar houden ook rekening met het feit dat deze beslissingen in een omgeving worden genomen die zelf ook onderhevig is aan verandering. Het rechtssubject moet de nodige flexibiliteit aan de dag leggen, die dan op haar beurt de regelgever ook meer flexibiliteit geeft.³⁸⁰

³⁷⁷ Ibid. 314.

³⁷⁸ Ibid.

³⁷⁹ Ibid. 317-341 en 581-584.

³⁸⁰ Ibid.

Een derde element is de mate waarin de tijdsbepalingen van de regel of zijn bestaan zelf het vertrouwen in de duurzaamheid bevestigen speelt een rol.³⁸¹ Zo zal de legitimiteit van het vertrouwen in een regel die al heel lang ongewijzigd is gebleven groter zijn, dan wanneer het gebaseerd is op een tijdelijke of experimentele regeling. Een vierde element is de mate waarin de wijziging voorzienbaar was in de ruimere juridische context, doordat ze past in een coherente regelgeving.³⁸² Als de nieuwe regel logisch voortvloeit uit het bestaande juridisch kader, dan had het rechtssubject die regel kunnen verwachten. Omgekeerd wordt er niet aangenomen dat een nieuwe regel automatisch strijdig is met het vertrouwensbeginsel, omdat het niet past binnen het bestaande coherente juridisch kader. Naast het bestaande juridisch kader spelen ook externe omstandigheden een rol. Het vijfde element is namelijk de mate waarin een rechtssubject rekening moest houden met de wijziging van een regel door externe omstandigheden.³⁸³ Bijvoorbeeld omdat de sociaal-politieke gevolgen problematisch zijn, omdat de rechtsregel reeds lang omstreden was, omdat de feitelijke omstandigheden zelf zijn gewijzigd of omdat de wijziging is aangekondigd.³⁸⁴ Een zesde element is de mate waarin de oorspronkelijke regel weinig beschermingswaardig was. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn omdat hij ongeldig is of omdat hij een onduidelijke rechtstoestand teweegbrengt.³⁸⁵ De elementen drie tot en met zes tonen de link tussen objectieve en subjectieve rechtszekerheid.³⁸⁶ Als er een duidelijk, coherent rechtssysteem tot stand is gekomen (objectieve rechtszekerheid), dan zal het in principe mogelijk zijn om op wijzigingen te anticiperen. Kan dit niet dan zal het vertrouwensbeginsel het verlies aan subjectieve rechtszekerheid opvangen. Is er daarentegen geen sprake van objectieve rechtszekerheid in de materie dan zal ook het vertrouwensbeginsel geen soelaas kunnen brengen, omdat de omstandigheden er zich niet toe dienen vertrouwen op te wekken.³⁸⁷

³⁸¹ Ibid.321-323.

³⁸² Ibid. 323-324.

³⁸³ Ibid. 325.

³⁸⁴ Ibid.

³⁸⁵ Ibid. 326-330.

³⁸⁶ Ibid. 583.

³⁸⁷ Ibid.

Het zevende element heeft betrekking op het declaratieve karakter van de wijziging. Als de regel louter een bestaande toestand bevestigt, dan zullen de negatieve gevolgen voor het vertrouwen maar beperkt zijn.³⁸⁸ Het laatste, en belangrijkste, element is het algemeen belang dat op het spel staat.³⁸⁹ Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kan terugwerkende kracht enkel worden verantwoord als ze onontbeerlijk is voor een doelstelling van algemeen belang.³⁹⁰ Zelfs als het vertrouwen zeer beschermingswaardig is, dan nog kan het algemeen belang zwaarder doorwegen.³⁹¹ In de strijd tussen het algemene belang van de wijziging en het beschermen van het vertrouwen in bestaande regelgeving zal de rechtszekerheid uiteindelijk zijn meerdere moeten erkennen.

De vereiste van betrouwbaarheid is onlosmakelijk verbonden met de werking van het recht in de tijd. Voornamelijk de verwachtingen die het recht creëert of heeft gecreëerd bij de burger zijn daarbij van belang. De burger verwacht dat hij op het recht kan rekenen bij het maken van zijn beslissingen en toekomstplannen, maar het recht zelf moet ook verder evolueren als het haar burgers materiële zekerheid wilt bieden. Het is zoeken naar een evenwicht, wat voor het individuele vertrouwen gebeurt onder het mom van het vertrouwensbeginsel. Legitieme verwachtingen kunnen zich verzetten tegen de temporele werking van een rechtsregel, maar het algemeen belang houdt steeds het laatste woord.

³⁸⁸ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 330-331; D. BIJNENS, H. BORTELS en J. THEUNIS, "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", TVW, 2019, nr. 2, 62.

³⁸⁹ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 332-333.

³⁹⁰ D. BIJNENS, H. BORTELS en J. THEUNIS, "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", TVW, 2019, nr. 2, 62.

³⁹¹ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 332.

Na de bespreking van de vereiste van betrouwbaarheid is het interessant om terug te koppelen naar wat er in deel I is gezegd over de retroactieve toepassing van de rechterlijke rechtsregel. In hoofdstuk 1.2.2.3 is gebleken dat de declaratieve fictie, volgens welke de rechter het recht enkel vaststelt en niet zelf creëert, aan de basis ligt van veel problemen. Desondanks is met het verlaten van deze fictie niet alles opgelost. Zelfs wanneer aanvaard wordt dat de rechter nieuw recht kan creëren met zijn uitspraak, dan doet hij dit nog steeds door te oordelen over feiten die al volledig zijn voltrokken. Hieruit volgt dat een beslissing waarin de rechter afwijkt van het bestaande recht onmogelijk kan voorzien worden door de partijen en dus ook afbreuk doet aan hun legitieme verwachtingen. Die problematiek is bijzonder pertinent in de context van het verbintenissenrecht en wordt daar dan ook verder uitgewerkt.

2.2.4 Voorspelbaarheid van het recht

Het recht is een middel om tegemoet te komen aan de onzekerheid die gepaard gaat met het menselijke bestaan, in het bijzonder met betrekking tot de toekomst die per definitie onzeker is. Een verdienste van het moderne recht is dat het de mens ertoe in staat stelt om toekomstplannen te maken en deze ook juridisch af te dwingen.³⁹² Om die vrijheid van zelfontplooiing optimaal te ondersteunen, moet het recht een zekere mate van voorspelbaarheid vertonen.³⁹³ Bij het plannen van zijn toekomst zal het rechtssubject immers rekening (moeten) houden met de juridische context en een inschatting maken over hoe het vandaag geldende recht naar de toekomst toe zal evolueren.³⁹⁴ Met het oog op het bewerkstelligen van die voorspelbaarheid vereist de rechtszekerheid twee zaken van het recht.³⁹⁵ In de eerste plaats moet het recht een juridisch kader bieden waarbinnen een persoon zijn toekomst kan plannen en proberen te realiseren. Het recht moet het voor het rechtssubject mogelijk maken om in redelijke mate de rechtsgevolgen van zijn handelen te voorzien wanneer hij dit stelt.³⁹⁶ Daarnaast moet het de legitieme verwachtingen die gemaakt zijn op basis van het toen geldende recht tot op een zekere hoogte beschermen, dit laatste werd reeds behandeld onder de vereiste van betrouwbaarheid.

De voorspelbaarheid van het recht is het vermogen om te anticiperen op de alternatieve gevolgen die door het recht kunnen worden toegekend aan feiten, aan eigen of extern handelen of nalaten, zodat het daadwerkelijk toegepaste gevolg in de toekomst een van de weinige alternatieven is die in het heden kon worden voorzien.³⁹⁷ Deze definitie van ÀVILA werkt de idee dat een rechtssubject de gevolgen van zijn handelen redelijkerwijze moet kunnen overzien verder uit. Hij deelt de vereiste van voorspelbaarheid of '*calculability*' op in een verticale en horizontale dimensie.³⁹⁸

³⁹² T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 45.

³⁹³ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 430.

³⁹⁴ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 159.

³⁹⁵ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 44-45.

³⁹⁶ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 951; P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 310; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 49; D. BIJNENS, H. BORTELS en J. THEUNIS, "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", TVW, 2019, nr. 2, 59; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 327.

³⁹⁷ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 430.

³⁹⁸ Ibid.

In de verticale zin heeft het recht een hoge mate van voorspelbaarheid wanneer de verschillende mogelijke alternatieve gevolgen beperkt zijn en deze in een redelijke periode kunnen worden overzien. De redelijke periode moet het rechtssubject de kans geven om hier een strategisch plan voor uit te bouwen. In de horizontale zin heeft het recht een hoge mate van voorspelbaarheid wanneer het voorspelbaar is voor de meeste mensen binnen een bepaalde groep. In het kader van het fiscaal recht zal er bijvoorbeeld een hoge mate van voorspelbaarheid zijn wanneer de meeste belastingbetalers de verschillende alternatieve gevolgen in een beperkte periode kunnen overzien. Met betrekking tot het strafrecht is het duidelijk dat die groep veel groter en in principe voor de meeste burgers voorspelbaar moet zijn. Om het rechtssubject de mogelijkheid te geven zijn toekomst optimaal te plannen, moeten niet enkel het aantal verschillende alternatieven beperkt zijn maar mogen de onderlinge verschillen tussen die alternatieven ook niet te groot zijn.³⁹⁹

Neem opnieuw het voorbeeld van een contractspartij die laattijdig heeft geleverd omwille van overmacht. Er is deze keer wel een wettelijke bepaling, maar er bestaat onduidelijkheid over welke situaties nu precies onder het overmachtsbegrip vallen. Stel dat het recht maar twee verschillende alternatieven biedt: ofwel bevrijdt de situatie van overmacht de schuldenaar van de verbintenis ofwel is er sprake van een contractuele wanprestatie. In dit scenario zal de schuldenaar die zijn rechtspositie probeert in te schatten, maar een beperkt aantal mogelijke rechtsgevolgen moeten overzien maar liggen deze zo ver uiteen dat hij zijn rechtspositie alsnog niet kan voorspellen. De overmachtssituatie zelf kan de schuldenaar per definitie niet voorspellen, aangezien er slechts sprake is van overmacht wanneer deze onvoorzienbaar is en niet toerekenbaar is aan de schuldenaar.⁴⁰⁰ Wel zal de schuldenaar, op basis van de inschatting van zijn rechtspositie, moeten beslissen hoe hij verder handelt. Erkent hij dat hij een contractuele wanprestatie is begaan of neemt hij het risico van een gerechtelijke procedure met een alles of niets scenario. Die onvoorspelbaarheid heeft als bijkomend nadeel dat ze tot ongelijkheid kan leiden. Het risico van een juridische procedure zal zwaarder wegen op de financieel zwakkere partij, wat haar rechtstoegang belemmert.⁴⁰¹ Het voorbeeld illustreert de nadelige invloed van de discrepantie tussen verschillende alternatieven, maar ook de onvoorspelbaarheid van een juridische procedure.

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN, *Overmacht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 1-2.

⁴⁰¹ L. CORNELIS, "De achtereenkomst", in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contract; vrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 85.

Absolute voorspelbaarheid waarbij het rechtssubject steeds zijn concrete rechtspositie vooraf kan inschatten, is onhaalbaar.⁴⁰² Het is al meermaals benadrukt dat recht moet mee evolueren met de werkelijkheid die ze probeert te ordenen en deze is onvermijdelijk onzeker. De vereiste van voorspelbaarheid verzet zich dan ook niet tegen de verandering van het recht op zich, maar tegen ‘*sudden and drastic changes*’.⁴⁰³ Een verandering is ‘*sudden*’ of plots wanneer het rechtssubject niet tijdig de kans heeft gekregen om hierop te anticiperen. Een verandering is ‘*drastic*’ of ingrijpend wanneer de wijziging grote gevolgen met zich meebrengt. Beiden zijn nefast voor de rechtszekerheid.⁴⁰⁴ Het recht moet kunnen veranderen en rechtsonderhorigen hebben tegelijkertijd zekerheid nodig. De onmogelijkheid van absolute voorspelbaarheid wil niet zeggen dat er geen minimale voorspelbaarheid moet zijn. De vraag is evenwel hoe dit het best gerealiseerd kan worden, in het bijzonder komt hier een thema uit het eerste deel terug aan bod: de open norm.

Op het eerste gezicht lijkt de burger het best gediend door een exhaustief wettelijk stelsel waarbij de taak van de rechter beperkt blijft tot een mechanische toepassing van de wet.⁴⁰⁵ Concrete rechtsregels bieden meer voorspellende waarde dan de loutere verwijzing naar een open norm.⁴⁰⁶ Open normen kunnen immers enkel in het licht van de concrete omstandigheden worden ingevuld, wat hun voorspellende waarde beperkt.⁴⁰⁷ De rechtsonderhorige kan vooraf zijn gedrag niet op de norm afstemmen én weet niet hoe deze achteraf zal ingevuld worden door de rechter.⁴⁰⁸ Zo wordt hij voor een voldongen feit gesteld. Bovendien loopt hij het risico dat de rechtsregels waar hij wel zijn gedrag heeft op afgestemd worden gewijzigd onder het mom van de open norm.⁴⁰⁹

⁴⁰² N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 951; P.W. BROUWER, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 179-183; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 430.

⁴⁰³ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 437.

⁴⁰⁴ Ibid.

⁴⁰⁵ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 952-953; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 439.

⁴⁰⁶ G.J. WIARDA, “De rechter tegenover vage rechtsnormen”, *RW*, 1973-1974, nr. 4, 181.

⁴⁰⁷ J. M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 66; B. VAN DEN BERGH, “«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie”, *RW*, 2010-2011, nr.9, 352.

⁴⁰⁸ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 959; M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 412.

⁴⁰⁹ L. CORNELIS, “De achtereenkomst”, in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 69-71.

Desondanks bieden open normen ook zekerheid.⁴¹⁰ Uit hoofdstuk 2.2.2. is duidelijk geworden dat het slecht gesteld is met de kenbaarheid van het recht. Het recht is zo complex en omvangrijk geworden dat dit niet langer gekend kan zijn door de doorsnee burger. Hier bieden open normen juist een bron van zekerheid en kenbaarheid van het recht. Ze verzekeren de burger, die niet alle toepasselijke rechtsregels kan kennen, dat de regels niet in strijd kunnen zijn met enkele fundamentele morele normen.⁴¹¹ Rechtszekerheid vloeit bovendien niet voort uit de regels zelf, maar wel uit de manier waarop ze worden toegepast.⁴¹² Het is voornamelijk de manier waarop open normen worden toegepast die ze voor de rechtszekerheid problematisch maken.⁴¹³ Het gebrek aan transparantie bij de belangenafweging die gebeurt onder de open norm en het ontbreken van een concrete formulering van welke rechtsregel daadwerkelijk wordt toegepast, is wat deze in het licht van de rechtszekerheid zo problematisch maakt.

Toch moeten er geen illusies worden gemaakt. Zelfs al is er meer transparantie in de rechterlijke beoordeling, de voorspellende waarde van de open norm zal nog steeds lager zijn dan van een (zeer) concrete rechtsregel.⁴¹⁴ Er zal achteraf misschien meer duidelijkheid zijn over hoe de feiten door de rechter worden gewogen, maar er is geen voorafgaande rechtsregel waar rechtsonderhorigen hun gedrag op kunnen afstemmen om zeker te zijn dat hun handelen overeenstemt met het recht. Open normen blijven dan ook op een zekere hoogte altijd problematisch voor de rechtszekerheid. Het recht is evenwel meer dan alleen rechtszekerheid en open normen bieden andere voordelen.⁴¹⁵ De onmogelijkheid van een *a priori* invulling maakt ze misschien onvoorspelbaar, maar biedt ook een zekere soepelheid en flexibiliteit om zich aan te passen aan de voortdurend veranderende realiteit.⁴¹⁶

⁴¹⁰ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 959; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 442.

⁴¹¹ Ibid.

⁴¹² N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 991; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 439.

⁴¹³ Ibid. 443

⁴¹⁴ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 959; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 442.

⁴¹⁵ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 961-963; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 377.

⁴¹⁶ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 961-963; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 377; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", RW, 2010-2011, nr.9, 352;

In een samenleving met een steeds toenemende complexiteit en veranderlijkheid bieden open normen een antwoord voor het wettelijk onvermogen om al deze situaties te regelen.⁴¹⁷ Ze bieden de mogelijkheid om rekening te houden met alle omstandigheden en niet enkel degene die de wetgever heeft kunnen voorzien. Zowel een systeem van alleen gedetailleerde wettelijke regels als een gebaseerd op enkele fundamentele normen en principes is onwenselijk. Te veel rigiditeit leidt tot onredelijkheid en te veel flexibiliteit leidt tot onzekerheid en vrijheidsbeperking. De oefening bestaat er dan ook in om uit te maken aan welke waarde wanneer de voorkeur te geven. Vooraleer daar een besluit over kan gegeven worden, moet er eerst nog aandacht besteed worden aan de rol van rechtszekerheid in het verbintenissenrecht. Daarbij zullen de vereisten van rechtszekerheid in het licht van hun belang voor het verbintenissenrecht worden besproken.

⁴¹⁷ G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 71 .

2.3 Rol van rechtszekerheid in het verbintenissenrecht

2.3.1 *Het contract als bron van materiële zekerheid*

De nood aan rechtszekerheid is wellicht het hoogst in het verbintenissenrecht⁴¹⁸, aangezien overeenkomsten een belangrijke bron van materiële zekerheid zijn. Als mens zijn we afhankelijk van anderen voor het realiseren van onze plannen.⁴¹⁹ Het feit dat iedereen in principe over een even grote keuze- en beslissingsvrijheid beschikt, brengt evenwel onzekerheid met zich mee.⁴²⁰ Die vrijheid maakt het immers moeilijk om te weten of de ander zich aan zijn woord zal houden. Hij/zij heeft immers ook eigen doelstellingen en het kan voor hem/haar dan ook interessanter zijn om een belofte te breken. Het sluiten van een contract is een manier om zekerheid over het gedrag van anderen te krijgen en zo persoonlijke plannen te realiseren.⁴²¹ Bovendien biedt contracteren de mogelijkheid om vooruit te denken en de toekomst een stuk zekerder te maken door hier juridisch bindende en afdwingbare afspraken over te maken. “*Contracter s’est prévoir*”.⁴²² Met die verwijzing naar RIPERT onderstreept PIAZZON het fundamenteel belang van rechtszekerheid in het verbintenissenrecht.⁴²³ Het contract is het middel bij uitstek om zekerheid over de toekomst te krijgen en zo een levensplan te verwezenlijken.⁴²⁴ Bij het uitstippelen van zijn toekomst heeft het rechtssubject een zekere vrijheid om zijn rechtspositie zelf te bepalen, dit wordt gewaarborgd door de vrijheid van contracteren. Kortom, de rechtszekerheid is zo belangrijk in het verbintenissenrecht, omdat het verbintenissenrecht op haar beurt een belangrijke bron van materiële zekerheid en vrijheid is. GEELHAND stelt dan ook dat de materiële zekerheid in het contractenrecht staat of valt met de rechtszekerheid.⁴²⁵

⁴¹⁸ B. VAN DEN BERGH, “«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie”, RW, 2010-2011, nr.9, 355.

⁴¹⁹ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 127.

⁴²⁰ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 127; B. VAN DEN BERGH, “«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie”, RW, 2010-2011, nr.9, 359.

⁴²¹ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 127; B. VAN DEN BERGH, “«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie”, RW, 2010-2011, nr.9, 355.

⁴²² T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 46. (Voetnoot 186)

⁴²³ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 46.

⁴²⁴ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 934; B. VAN DEN BERGH, “«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie”, RW, 2010-2011, nr.9, 355; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 59-60.

⁴²⁵ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 938.

Fundamenteel in het contractenrecht is het beginsel van contractsvrijheid.⁴²⁶ De contractsvrijheid heeft een materiële en formele component.⁴²⁷ In haar materiële zin omvat ze traditioneel de volgende drie aspecten: de vrijheid om al dan niet te contracteren, een vrije keuze van wederpartij en de vrijheid van partijen om de inhoud van het contract naar goeddunken te bepalen.⁴²⁸ CLAEYS voegt hier nog de vrijheid aan toe van partijen om een reeds gesloten contract in onderling overleg te beëindigen of te wijzigen.⁴²⁹ Formeel houdt de contractsvrijheid in dat een contract ontstaat zonder dat er aan bijzondere vormvoorwaarden moet worden voldaan, dit staat bekend als het principe van consensualisme.⁴³⁰ Om een bron van materiële zekerheid en vrijheid te zijn, moet het contract zelf over de nodige zekerheid beschikken. Hier komt de rechtszekerheid om de hoek kijken. Contractspartijen moeten er op kunnen vertrouwen dat enkel in uitzonderlijke gevallen kan worden teruggekomen op de geldigheid van hun contract en de daarin vervatte rechten en verplichtingen.⁴³¹ Rechtszekerheid in het verbintenissen omvat dan ook hoofdzakelijk het behoud van de rechten en verplichtingen zoals vastgelegd in het contract en het verzekeren van de uitvoering van het contract.⁴³² In de onaantastbaarheid van het contract ligt immers haar materiële zekerheid.⁴³³ Hoe kan een contract bijvoorbeeld een bron van materiële zekerheid zijn als er onzekerheid bestaat over het gevolg van de niet-nakoming van contractuele verbintenissen?⁴³⁴

⁴²⁶ I. CLAEYS, *Verbintenissenrecht*, 2016, 54.

⁴²⁷ Ibid.

⁴²⁸ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 130; E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractueel evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 20; I. CLAEYS, *Verbintenissenrecht*, 2016, 54.

⁴²⁹ I. CLAEYS, *Verbintenissenrecht*, 2016, 54.

⁴³⁰ Ibid.

⁴³¹ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 926.

⁴³² N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 926; J. B. M. VRANCKEN, "Vertrouwen en rechtszekerheid in het Nederlands overeenkomstenrecht", TPR, 1997, 1833; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 47; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", RW, 2010-2011, nr.9, 355.

⁴³³ Ibid. 5.

⁴³⁴ Ibid. 7.

2.3.2 *Belang van kenbaarheid*

De vereiste van kenbaarheid van het recht is in het verbintenissenrecht voornamelijk van belang om de contractsvrijheid van de partijen te waarborgen. Het doel van de kenbaarheidsvereiste is dat rechtssubjecten bij het stellen van hun handelingen kunnen rekening houden met de juridische context.⁴³⁵ Contractspartijen genieten een zekere vrijheid om van het bestaande recht af te wijken, omdat de meeste regels in het algemene verbintenissenrecht van suppletieve aard zijn.⁴³⁶ Suppletieve regels zijn regels die gelden wanneer degene op wie zij van toepassing zijn, geen andere regeling hebben voorzien in een rechtshandeling.⁴³⁷ Partijen zullen deze vrijheid enkel kunnen uitoefenen wanneer ze het bestaande recht kennen., anders zullen zij onder de suppletieve regel vallen.⁴³⁸ Afwijken zal echter niet altijd mogelijk zijn, aangezien het recht grenzen stelt aan de contractsvrijheid.⁴³⁹ Die grenzen moeten kenbaar zijn voor partijen, zodat ze hier bij hun beslissing om te contracteren rekening mee kunnen houden. De problemen die het recht op vlak van haar kenbaarheid ervaart, spelen dus ook in het verbintenissenrecht. Meer zelfs, ze zijn nog nadrukkelijker aanwezig omdat het verbintenissenrecht voornamelijk ontwikkeld wordt onder invloed van rechtspraak.⁴⁴⁰

⁴³⁵ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 949; J. B. M. VRANCKEN, "Vertrouwen en rechtszekerheid in het Nederlands overeenkomstenrecht", TPR, 1997, 1833. H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 208-209.

⁴³⁶ E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractueel evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 20.

⁴³⁷ P. Taelman en G. Verschelden, *Basisbegrippen van het recht*, Leuven, Acco, 2017, 53.

⁴³⁸ R. A. POSNER, *How judges think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, 87.

⁴³⁹ I. CLAEYS, *Verbintenissenrecht*, 2016, 55.

⁴⁴⁰ R. KRUIHOF en W. VAN GERVEN, *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 52.

In hoofdstuk 2.2.2. is reeds duidelijk geworden dat de rechtspraak niet toegankelijk noch kenbaar is voor de gewone burger. In de contractuele sfeer is het aannemelijk dat partijen juridische bijstand zullen zoeken met betrekking tot hun contractuele relaties, waardoor er aan dit probleem deels tegemoet wordt gekomen.⁴⁴¹ Nochtans moet er aan herinnerd worden dat niet alle deelnemers van het contractuele verkeer multinationals zijn die over een eigen juridische afdeling beschikken of toegang hebben tot de beste advocatenkantoren. (Bijna) iedereen is contractspartij.⁴⁴² Denk maar aan de talloze situaties in eigen leefomgeving waar een contract aan de basis van ligt: arbeidsovereenkomsten, huurcontracten, telefoonabonnementen, etc.

De beperkte kenbaarheid van het verbintenissenrecht leidt op die manier ook tot ongelijkheid. Contractspartijen die voor hun juridische advies beroep moeten doen op juristen die geen toegang hebben tot (alle) betalende databanken, of zelfs geen juridische bijstand kunnen veroorloven, zullen zich in een juridisch zwakkere positie bevinden. Zo wordt economische ongelijkheid doorgetrokken naar juridische ongelijkheid, wat botst met het rechtvaardigheidsideaal dat recht nastreeft.

⁴⁴¹ Deels omdat het recht zelf niet volledig kenbaar is voor juristen. Zie: N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 949; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", RW, 2010-2011, nr.9, 349.

⁴⁴² N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 934.

2.3.3 Werking van het recht in de tijd

Het belang van rechtszekerheid voor het verbintenissenrecht weerspiegelt zich ook in de werking in de tijd van nieuwe wetgeving op lopende overeenkomsten. Een nieuwe wet met betrekking tot de gevolgen van een contract heeft in principe eerbiedigende werking, wat wilt zeggen dat ze enkel van toepassing is op de rechtsgevolgen van contracten gesloten na haar inwerkingtreding.⁴⁴³ Deze uitzondering op het principe van onmiddellijke werking is gesteund op de rechtszekerheid van de contractspartijen.⁴⁴⁴ Het contract legt de rechtsverhouding tussen de partijen vast voor de toekomst en is onderhandeld met inachtneming van het op dat moment geldend rechtskader.⁴⁴⁵ Partijen rekenen er dan ook op dat dit rechtskader achteraf niet zodanig gewijzigd wordt dat het gevolgen met zich meebrengt voor hun contract.⁴⁴⁶

VANCOPPERNOLLE wijst ook op de link tussen de eerbiedigende werking en de contractsvrijheid: “Het zou immers tegenstrijdig zijn om enerzijds het principe te huldigen dat rechtsonderhorigen zelf hun rechtspositie mogen bepalen door te contracteren, en anderzijds nieuwe wetten principieel op bestaande contracten te laten inwerken”.⁴⁴⁷ In de contractuele sfeer is de eerbiedigende werking dus de regel, maar ook hier bestaat een belangrijke uitzondering op. De eerste is natuurlijk wanneer de wetgever beslist om hier uitdrukkelijk van af te wijken.⁴⁴⁸ Daarnaast wordt aangenomen dat nieuwe wetgeving ook onmiddellijk van toepassing is op lopende overeenkomsten wanneer ze de openbare orde raakt of van dwingend recht is.⁴⁴⁹

⁴⁴³ T. REYNTJES, “Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst”, *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 719; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 58.

⁴⁴⁴ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 966; T. REYNTJES, “Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst”, *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 723-724; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 59-60.

⁴⁴⁵ T. REYNTJES, “Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst”, *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 723-724; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 59-60.

⁴⁴⁶ Ibid.

⁴⁴⁷ T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 61

⁴⁴⁸ T. REYNTJES, “Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst”, *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 724-725.

⁴⁴⁹ T. REYNTJES, “Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst”, *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 726-732; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 63-64; I. CLAEYS en T. TANGHE, *De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)*, RW, 2019-2020, nr. 9, 326.

Zowel REYNTJES als VANCOPPERNOLLE wijzen op het feit dat deze uitzondering te weinig rekening houdt met de legitieme verwachtingen van de contractspartijen.⁴⁵⁰ Volgens REYNTJES zit het probleem hoofdzakelijk in het feit dat regels van dwingend recht of regels die de openbare orde raken automatisch van toepassing zijn op lopende overeenkomsten zonder dat er een belangenafweging gebeurt tussen het belang van de regel en de legitieme verwachtingen van de contractspartijen.⁴⁵¹

Volgens VANCOPPERNOLLE moet het bestaande systeem enigszins verfijnd worden om beter aan te sluiten bij de verwachtingen van contractspartijen.⁴⁵² De eerbiedigende werking van suppletieve wetten is gebaseerd op het feit dat partijen normaalgezien kunnen afwijken van suppletieve wetten, maar dit niet meer kunnen doen eens het contract gesloten is. De contractsluiting is het kantelpunt en wordt als aanknopingspunt gebruikt.⁴⁵³ Nochtans beschermt de contractsluiting als aanknopingspunt niet altijd de rechtmatige verwachtingen van beide contractspartijen.⁴⁵⁴ Consensuele contracten komen tot stand door middel van loutere wilsovereenstemming, zijnde de aanvaarding van het aanbod. Er kan evenwel enige tijd zitten tussen het aanbod en de aanvaarding. Indien er een nieuwe wet tot stand komt in die tussenperiode kan het zijn dat deze afbreuk doet aan de verwachtingen van een van de partijen. Stel bijvoorbeeld dat er een nieuwe wet in werking treedt nadat het aanbod van een partij feitelijk of juridisch onherroepelijk is geworden. Zij zal dit aanbod in principe gemaakt hebben op basis van het op dat moment geldende recht, maar de nieuwe wet zal van toepassing zijn op de overeenkomst omdat ze na de inwerkingtreding van de wet tot stand komt. De overeenkomst zal dus beheerst worden door een ander juridisch kader dan dat voorzien door de aanbieder. De rechtmatige verwachting ontstaat dus bij de aanbieder van zodra zijn aanbod onherroepelijk wordt en niet pas bij de contractsluiting. Hetzelfde geldt natuurlijk voor de partij die het aanbod aanvaardt wanneer een nieuwe wet in werking treedt tussen het onherroepelijk worden van zijn aanvaarding en de totstandkoming van de overeenkomst.⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ T. REYNTJES, "Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst", *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 733; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 66.

⁴⁵¹ T. REYNTJES, "Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst", *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 733

⁴⁵² T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 657-694.

⁴⁵³ *Ibid.* 657.

⁴⁵⁴ *Ibid.* 659.

⁴⁵⁵ *Ibid.* 659-663.

VANCOPPERNOLLE stelt dan ook voor dat in dergelijk scenario niet de contractsluiting als aanknopingspunt wordt genomen, maar het moment waarop de legitieme verwachtingen ontstaan bij de partij die nadeel lijdt bij de nieuwe wet.⁴⁵⁶

Ook de uitzondering op de eerbiedigende werking voor wetten van dwingend recht of die de openbare orde raken, moet volgens VANCOPPERNOLLE verder worden uitgewerkt.⁴⁵⁷ Het klopt dat partijen sowieso niet kunnen kiezen om van deze wetten af te wijken, maar ze kunnen wel kiezen om al dan niet te contracteren. Er moet volgens hem dan ook een onderscheid gemaakt worden tussen wijzigingen die ernstig genoeg zijn om de beslissing tot contracteren te beïnvloeden, dit zijn de wijzigingen die aan de kernelementen van het contract raken, en wijzigingen die dit niet doen.⁴⁵⁸ Wijzigingen met betrekking tot de kernelementen van het contract hebben geen onmiddellijke werking, omdat partijen niet de mogelijkheid hebben om zich aan te passen aan de nieuwe wetgeving door van het contracteren af te zien.⁴⁵⁹ De kernelementen van het contract zijn de clausules over het bestaan en de omvang van de hoofdprestaties.⁴⁶⁰ Wijzigingen die betrekking hebben op bijkomstige elementen van het contract hebben dan wel onmiddellijke werking, aangezien partijen niet gerechtigd zijn om te verwachten dat het oude recht blijft gelden ten aanzien van die elementen. Ze zijn immers niet belangrijk genoeg om af te zien van contracteren.⁴⁶¹ Zowel VANCOPPERNOLLE als REYNTJES pleiten dus voor een systeem van overgangsrecht dat meer aandacht heeft voor de legitieme verwachtingen van contractspartijen.⁴⁶²

⁴⁵⁶ Ibid.

⁴⁵⁷ Ibid. 663-694.

⁴⁵⁸ Ibid. 663.

⁴⁵⁹ Ibid. 664.

⁴⁶⁰ Ibid. 689. VANCOPPERNOLLE heeft zich hiervoor deels gebaseerd op de kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer. Voor een uitgebreidere bespreking zie: Ibid. 678-694.

⁴⁶¹ Ibid. 665.

⁴⁶² T. REYNTJES, "Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst", *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 733; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 66 en 657.

De principes van het wettelijk overgangsrecht in het verbintenissenrecht illustreren hoe problematisch de retroactieve toepassing van nieuwe rechterlijke rechtsregels is voor de contractspartijen in het geding. Het contract is de veruitwendiging van de legitieme verwachtingen van beide contractspartijen. Er kan vanuit gegaan worden dat zij bij het onderhandelen en het opstellen daarvan rekening hebben gehouden met het recht zoals het op dat moment gold. Zonet is aangetoond dat als de wetgeving wijzigt tijdens het leven van het contract dit slechts in uitzonderlijke gevallen een invloed zou mogen hebben op het lopende contract, aangezien partijen de kans niet hebben gekregen om hier van af te wijken of om niet te contracteren.⁴⁶³ Het ontwikkelen van nieuwe regels in de rechtspraak is op zich niet problematisch voor de rechtszekerheid in het verbintenissenrecht, aangezien contractspartijen met deze regels kunnen rekening houden bij het opstellen van hun contract. In de veronderstelling dat de rechtspraak kenbaar is weliswaar. Anders is het voor de contractspartijen die bij het voorleggen van hun geschil geconfronteerd worden met een rechterlijke beslissing die afwijkt van het bestaande recht. Partijen konden deze nieuwe rechtsregel immers onmogelijk voorzien, waardoor ze hier ook niet van konden afwijken of beslissen om niet te contracteren. Dit zal voornamelijk afbreuk doen aan de legitieme verwachtingen van de partij die beroep doet op de rechten en verplichtingen zoals die zijn vastgelegd in het contract. De retroactieve toepassing van nieuwe rechterlijke rechtsregels is een algemeen probleem van de rechterlijke rechtsontwikkeling, maar is bijzonder problematisch in het verbintenissenrecht, omdat het afbreuk doet aan de materiële zekerheid van een contract. Zo hangt de goede werking van het handelsverkeer af van het vertrouwen dat handelaars hebben in de onaantastbaarheid van het contract. Desalniettemin zal zodra duidelijk wordt dat de onaantastbaarheid van het contract niet absoluut is.

⁴⁶³ T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 657-694.

2.3.4 Rechtszekerheid als fundamenteel maar geen absoluut beginsel

Ondanks de fundamentele rol die rechtszekerheid speelt in het verbintenissenrecht is het geen absoluut beginsel.⁴⁶⁴ Rechtszekerheid is een van de verschillende doelstellingen van het recht en moet opboksen tegen andere doelstellingen zoals de rechtvaardigheid of de rechtsontwikkeling.⁴⁶⁵ De legitieme verwachtingen van de contractspartijen zoals die zijn vastgelegd in het contract zullen dan ook soms moeten wijken voor andere doelstellingen van het recht.⁴⁶⁶ Het contract is niet in steen geschreven en de contractsvrijheid niet absoluut.⁴⁶⁷ Nochtans stond in het contractenrecht van 1804 de idee centraal dat burgers de bevoegdheid hebben om hun eigen rechtspositie te bepalen en rechtsverhoudingen in het leven te roepen waarvan zij zelf de inhoud kunnen vastleggen.⁴⁶⁸ Desondanks was ook toen de contractsvrijheid niet onbeperkt en konden contractspartijen niet afwijken van regels die de openbare orde of de goede zeden raakten.⁴⁶⁹ Het belang van de contractsvrijheid in die periode valt te verklaren vanuit de rechtsfilosofie en politiek-economische opvattingen die leefden op het einde van de achttiende en aan het begin van de negentiende eeuw.⁴⁷⁰ De individuele vrijheid stond centraal, omdat er vertrokken werd van de premisse dat alle burgers gelijk zijn. Contracten gesloten tussen burgers waren dan ook rechtvaardig, aangezien zij gesloten werden uit vrije wil en vanuit een gelijke positie.⁴⁷¹ Vanaf het begin van de twintigste eeuw werd echter duidelijk dat die veronderstelde gelijkheid slechts een illusie was, waardoor ook de ongebreidelde contractvrijheid niet meer stand hield.⁴⁷² Contractsvrijheid veronderstelt immers een vorm van minimale gelijkheid.⁴⁷³ Sindsdien is er een tendens ontstaan om de zwakke(re) contractspartij te beschermen.⁴⁷⁴

⁴⁶⁴ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 943-944.

⁴⁶⁵ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 942-943; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 11-12.

⁴⁶⁶ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 929.

⁴⁶⁷ Ibid. 943-944.

⁴⁶⁸ E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractueel evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 19.

⁴⁶⁹ Ibid. 20.

⁴⁷⁰ Ibid. 21-22.

⁴⁷¹ Ibid.

⁴⁷² Ibid. 24-25.

⁴⁷³ Ibid.

⁴⁷⁴ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 929; E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractueel evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 22-23.

De gewijzigde houding ten aanzien van de contractsvrijheid is relevant voor de rechtszekerheid, omdat ze de toegenomen inmenging van de overheid in de contractuele sfeer illustreert. Bovendien zijn de rechtszekerheid en contractsvrijheid onlosmakelijk verbonden. De rechtszekerheid beschermt het resultaat van de uitgeoefende contractsvrijheid, zolang die binnen het geldende rechtskader is gebeurd. Rechtszekerheid wilt niet zeggen dat er een absolute contractsvrijheid moet zijn, maar wel dat de contractspartijen op de hoogte moeten kunnen zijn van de grenzen die aan hun contractsvrijheid wordt gesteld.⁴⁷⁵

SWAENEPOEL wijst er op dat het beschermen van de zwakke(re) partij voornamelijk gebeurt door de uitgangspunten van de negentiende eeuw, die in de realiteit problematisch bleken, alsnog te verwezenlijken of materialiseren.⁴⁷⁶ De verschillende technieken die de regelgever hiervoor aanwendt, hebben als doel om een daadwerkelijke contractvrijheid en/of daadwerkelijk contractueel evenwicht te realiseren.⁴⁷⁷ SWAENEPOEL maakt daarbij een onderscheid tussen contractsvrijheid en contractueel evenwicht in een formele en in een materiële betekenis.⁴⁷⁸ De materiële contractsvrijheid is, volgens haar, de daadwerkelijke vrijheid waar het rechtssubject over beschikt om te contracteren en de inhoud van het contract (mee) te bepalen. De formele contractsvrijheid is dan de juridische contractsvrijheid zoals die bestaat in het Burgerlijk Wetboek. De contractsvrijheid op papier als het ware. Het formele contractueel evenwicht is, op haar beurt, wanneer de rechtsorde als een evenwichtige tegenprestatie erkent wat de partijen zijn overeengekomen, zonder dit inhoudelijk te toetsen of aan objectieve criteria zoals de redelijkheid of gelijkwaardigheid van prestaties te onderwerpen. Als partijen overeenkomen om een dure sportwagen te verkopen voor een absurd laag bedrag, dan is dit in principe een formeel evenwichtig contract. Het materiële contractueel evenwicht is wanneer de tegenprestatie inhoudelijk wordt vastgelegd zonder noodzakelijk rekening te houden met de wil van de partijen.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 938.

⁴⁷⁶ E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractueel evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 26.

⁴⁷⁷ Ibid. 27.

⁴⁷⁸ Ibid. 30-35.

⁴⁷⁹ Ibid.

De bescherming van de zwakke(re) contractspartij is in de eerste plaats gebeurd door een toeneming van het aantal regels van dwingend recht.⁴⁸⁰ Enkele voorbeelden daarvan zijn regels ten voordele van werknemers, consumenten, reizigers, spaarders, etc.⁴⁸¹ Op deze manier probeert de wetgever de feitelijke ongelijkheid te compenseren door dwingende regels vast te leggen met betrekking tot de totstandkoming en de inhoud van het contract.⁴⁸² Naast de dwingende wettelijke bepalingen hebben de rechtsleer en rechtspraak ook enkele technieken ontwikkeld om een materiële contractsvrijheid en/of contractueel evenwicht te bekomen.⁴⁸³ Voor de materiële contractsvrijheid is dit onder meer de leer van de wilsgebreken, de gekwalificeerde benadeling, de precontractuele aansprakelijkheid, de precontractuele informatieplichten, formalisme en herroepingsrecht.⁴⁸⁴ Voor het materieel contractueel evenwicht gaat het onder meer over de benadeling, de gekwalificeerde benadeling en de onrechtmatige bedingenleer.⁴⁸⁵ SWAENEPOEL benadrukt dat in de eerste plaats de individuele wil van de partijen het contract moet beheersen en het niet aan de maatschappij is om te oordelen of dit al dan niet rechtmatig is. Pas als er geen vrije wil tot stand kan komen, dan grijpt het recht corrigerend in. Eerst en vooral door de vrije wil alsnog te proberen te bewerkstelligen en pas in ondergeschikte orde door het materieel evenwicht van het contract te toetsen.⁴⁸⁶ De individuele vrijheid van de contractspartijen blijft dus wel centraal staan, maar moet toch een toenemende maatschappelijke inmenging verduren.

⁴⁸⁰ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 928-929; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractueel evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 28.

⁴⁸¹ E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractueel evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 29.

⁴⁸² Ibid. 30.

⁴⁸³ Ibid.

⁴⁸⁴ Ibid. 31-35.

⁴⁸⁵ Ibid. 35-37.

⁴⁸⁶ Ibid.

PIAZZON merkt een gelijkaardige tendens op in het Franse recht.⁴⁸⁷ Hoewel traditioneel de rechtszekerheid en het respect voor de rechten en verplichtingen zoals die vervat zijn in het contract centraal staat, is er toch een groeiende tendens om de contractuele verbintenissen te onderwerpen aan een rechterlijke controle.⁴⁸⁸ De contractsvrijheid van de partijen wordt nog steeds gerespecteerd, maar alleen wanneer er een zeker contractueel evenwicht is.⁴⁸⁹ De bindende kracht van het contract zou niet langer in de onbreekbaarheid van het gegeven woord liggen, maar in de *redelijke* verwachting van de schuldeiser die achteraf soeverein getoetst wordt door de rechter.⁴⁹⁰

Een recent voorbeeld van het ingrijpen in de contractuele rechtsverhoudingen is de wet van 4 april 2019⁴⁹¹ (b2b-wet) die drie sets van nieuwe regels in de relaties tussen ondernemingen invoert.⁴⁹² In het kader van deze masterproef is daarbij voornamelijk de invoering van het verbod op misbruik van een positie van economische afhankelijkheid en de verboden en onrechtmatige bedingen interessant.⁴⁹³ Aan boek IV van het WER inzake mededinging wordt een verbod op misbruik van een positie van economisch onafhankelijkheid toegevoegd.⁴⁹⁴ Het verbiedt ondernemingen om misbruik te maken van de positie van economische afhankelijkheid van een andere onderneming die een potentiële aantasting van de mededinging op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel ervan met zich meebrengt.⁴⁹⁵

⁴⁸⁷ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 47 en 277-311.

⁴⁸⁸ Ibid. 298.

⁴⁸⁹ Ibid. 310.

⁴⁹⁰ Ibid. 310.

⁴⁹¹ Wet van 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.

⁴⁹² I. CLAEYS en T. TANGHE, *De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)*, *RW*, 2019-2020, nr. 9, 323.

⁴⁹³ Voor een uitgebreidere bespreking zie onder andere: G. STRAETMANS, "De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019", *DAOR*, 2020/1, nr. 133, 3-13; I. CLAEYS en T. TANGHE, "De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)", *RW*, 2019-2020, nr. 9, 323-345; I. CLAEYS en T. TANGHE, "De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 2)", *RW*, 2019-2020, nr. 10, 363-379.

⁴⁹⁴ I. CLAEYS en T. TANGHE, "De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 2)", *RW*, 2019-2020, nr. 10, 363; G. STRAETMANS, "De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019", *DAOR*, 2020/1, nr. 133, 4.

⁴⁹⁵ I. CLAEYS en T. TANGHE, "De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 2)", *RW*, 2019-2020, nr. 10, 363.

Er zijn drie toepassingsvereisten: een onderneming in een positie van economische afhankelijkheid, misbruik van die positie door de andere onderneming en een potentieel gevaar voor de mededinging op de betrokken Belgische markt of een wezenlijk deel ervan.⁴⁹⁶ Het doel van het verbod is om de onderhandelingspositie van kleinere actoren ten opzichte van grotere actoren te verbeteren en het economisch evenwicht tussen deze handelspartners te herstellen, zonder afbreuk te doen aan de rechtszekerheid in ondernemingsrelaties.⁴⁹⁷ De contractsvrijheid moet hier deels inbinden voor de goede marktswerking en de bescherming van de zwakkere partij.⁴⁹⁸ Of er geen afbreuk wordt gedaan aan de rechtszekerheid in ondernemingsrelaties is nog maar de vraag. De definitie van een positie van economische afhankelijkheid werd reeds in de Inleiding aangehaald, omdat het een voorbeeld is van een wettelijke bepaling waarvan de beoordeling grotendeels aan de rechter is overgelaten. Er is immers met positie van economische afhankelijkheid gekozen voor een open norm⁴⁹⁹, zoals ook blijkt uit de definitie: “[Een] positie van onderworpenheid ten aanzien van een of meerdere andere ondernemingen gekenmerkt door de afwezigheid van een redelijk equivalent alternatief, beschikbaar binnen een redelijke termijn, en onder redelijke voorwaarden en kosten, die deze of elk van deze ondernemingen toelaten om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet kunnen verkregen worden in normale marktomstandigheden.”⁵⁰⁰ Ondanks dat de parlementaire voorbereiding een lijst van mogelijks relevante factoren opsomt voor de beoordeling, zal deze nog steeds *in concreto* door de rechter of de mededingingsautoriteit moeten gebeuren.⁵⁰¹ De rechter heeft daarmee een grote beoordelingsvrijheid ten aanzien van de afdwingbaarheid van ondernemingscontracten.⁵⁰²

⁴⁹⁶ Ibid. 365.

⁴⁹⁷ Ibid. 364.

⁴⁹⁸ G. STRAETMANS, “De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019”, *DAOR*, 2020/1, nr. 133, 5.

⁴⁹⁹ Ibid. 6; I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 2)”, *RW*, 2019-2020, nr. 10, 378 voetnoot 382.

⁵⁰⁰ Art. 1.6, 4° WER

⁵⁰¹ Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Economisch Recht wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft (amendementen), Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 3-4; G. STRAETMANS, “De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019”, *DAOR*, 2020/1, nr. 133, 5; I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 2)”, *RW*, 2019-2020, nr. 10, 366.

⁵⁰² Ibid. 378.

Bovendien ontbreekt het de parlementaire voorbereiding aan voorbeelden die verduidelijken welke praktijken nu een misbruik van een positie van economische afhankelijkheid kunnen uitmaken, wat het heel moeilijk maakt voor de ondernemer om zijn rechtspositie te kennen en zo afbreuk doet aan zijn rechtszekerheid.⁵⁰³

De b2b-wet voegt ook een regeling met betrekking tot onrechtmatige en verboden bedingen toe aan boek VI WER. Het doel van de regeling is het verbieden van bedingen die tot gevolg hebben of ertoe strekken een kennelijk onevenwicht te creëren tussen de rechten en plichten van contractpartijen.⁵⁰⁴ Ze bestaat uit een algemeen verbod op onrechtmatige bedingen en een zwarte en grijze lijst.⁵⁰⁵ Bedingen opgenomen in de zwarte lijst zijn onrechtmatig en bedingen uit de grijze lijst worden vermoed onrechtmatig te zijn, maar dit vermoeden is weerlegbaar.⁵⁰⁶ Overeenkomstig het algemeen verbod is elk beding van een overeenkomst gesloten tussen ondernemingen dat, alleen of in samenhang met één of meer andere bedingen, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen, onrechtmatig.⁵⁰⁷ Volgens de parlementaire voorbereiding wordt er alleen getoetst op het juridisch (kennelijk on-) evenwicht en niet op het economische evenwicht.⁵⁰⁸ Het onderscheid lijkt enigszins artificieel, aangezien het economische en juridische evenwicht samenhangen of elkaar minstens beïnvloeden.⁵⁰⁹ Wat ook reeds aangetoond werd inzake de kenbaarheid van het recht.⁵¹⁰

⁵⁰³ Ibid. 364 en 379.

⁵⁰⁴ Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 24 en 32.

⁵⁰⁵ Ibid. 36.

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ Nieuw artikel VI. 91/3, §1 WER.

⁵⁰⁸ Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 32.

⁵⁰⁹ I. CLAEYS en T. TANGHE, "De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)", 331.

⁵¹⁰ Zie hoofdstuk 2.3.2.

Bij de invulling van de algemene, open norm komt er een grote beoordelingsvrijheid aan de rechter toe. CLAEYS en TANGHE wijzen op het potentiële gevaar hiervan voor willekeur en rechtsonzekerheid, maar zien in een uitgebreide motivering en staving van het kennelijk onevenwicht een brug tussen de soepele norm en de rechtszekerheid.⁵¹¹ De beoordeling moet bovendien gebeuren met inachtneming van enkele wettelijke beoordelingscriteria en met een terughoudende houding van de rechter.⁵¹² De contractsvrijheid als grondrecht blijft immers nog steeds het uitgangspunt in de relaties tussen ondernemingen en het beding is alleen onrechtmatig als er een *kennelijk* onevenwicht is.⁵¹³ De plicht om de rechtszekerheid en de nood om de contractsvrijheid niet verder dan nodig te beperken, lijkt dan ook grotendeels op de schouders van de rechter te rusten.

⁵¹¹ I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)”, 331.

⁵¹² Ibid. 330.

⁵¹³ Ibid.

Uit de analyse van het belang aan rechtszekerheid in het verbintenissenrecht is gebleken dat rechtszekerheid een fundamentele pijler is van het verbintenissenrecht. Het hangt nauw samen met de vrijheid van zelfbeschikking en de menselijke nood aan zekerheid. Het contract geeft het rechtssubject de mogelijkheid om zelf zijn leven uit te stippelen en hier juridische kracht aan te geven. De rechtszekerheid eist dan van het recht dat wanneer het rechtssubject gebruik heeft gemaakt van deze vrijheid, in overeenstemming met het geldende juridische kader, hier respect voor wordt getoond en bescherming aan gegeven. De eis van rechtszekerheid klinkt dan ook zo luid in het verbintenissenrecht, omdat ze gekoppeld is aan onze vrijheid als mens om te kiezen hoe we ons leven willen invullen. Toch is die vrijheid niet onbeperkt. Er is een merkbare tendens sinds het begin van de twintigste eeuw om grenzen te stellen aan de contractsvrijheid en het contract inhoudelijk te toetsen.⁵¹⁴ Die tendens valt te verdedigen, omdat de mens over een persoonlijke en sociaal gebonden beslissingsvrijheid bezit.⁵¹⁵ De mens is een niet alleen een individu, maar deel van de samenleving waardoor hij ook rekening moet houden met anderen. De beperking van de contractsvrijheid is bovendien niet per se problematisch voor de rechtszekerheid, zolang contractspartijen de beperkingen kunnen kennen en hier op anticiperen.⁵¹⁶

Het is hier evenwel dat het schoentje knelt. Het gebruik van open normen en de inhoudelijke toetsing van het contract zorgt ervoor dat de rechter in de ongemakkelijke positie wordt geplaatst om een evenwicht te vinden tussen de legitieme verwachtingen van de contractspartij zoals veruitwendigd door het contract en de (contractuele) 'rechtvaardigheid' waarop de andere partij zich beroept.

⁵¹⁴ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 929; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractueel evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 22-23.

⁵¹⁵ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 156-158.

⁵¹⁶ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 938.

3 Conclusie

Ondanks dat redelijkheid en rechtszekerheid beide fundamentele beginselen van het recht zijn, lijken ze op het eerste gezicht onverenigbaar.⁵¹⁷

In een wereld waar onzekerheid een onvermijdelijke factor is, fungeert het recht als een instrument van zekerheid.⁵¹⁸ Het biedt een juridisch kader waarbinnen de mens zijn persoonlijke vrijheid kan uitoefenen.⁵¹⁹ Om die functie te kunnen vervullen, moet het recht zelf zeker zijn.⁵²⁰ De rechtszekerheid stelt daarom bepaalde eisen aan het recht die het mogelijk moeten maken voor een persoon om zijn gedrag hierop af te stemmen en de gevolgen van zijn handelingen te overzien.⁵²¹ Het recht moet onder meer kenbaar, betrouwbaar en voorspelbaar zijn. De vereiste van kenbaarheid moet het mogelijk maken voor een rechtssubject om bij het maken van zijn keuzes rekening te houden met het recht.⁵²² Daarvoor moet het recht zowel materieel als intellectueel toegankelijk zijn. In het verbintenissenrecht is het belang hiervan tweeledig. Enerzijds hebben contractspartijen kennis van het recht nodig om gebruik te maken van hun grote vrijheid om van het bestaande recht af te wijken, aangezien het verbintenissenrecht grotendeels bestaat uit suppletieve regels. Anderzijds is de contractsvrijheid niet onbeperkt, waardoor partijen zich bewust moeten zijn van de grenzen hiervan zodat ze dit kunnen meenemen in hun beslissing om te contracteren.

⁵¹⁷ M. DE POTTER DE TEN BROECK, "De imprevisieel: de rechter met de pen in de hand", *RW*, 2017-2018, nr. 40, 1752; P. NEUHAUS, "Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws", *Law and Contemporary Problems*, 1963, vol. 28, nr. 4, 795.

⁵¹⁸ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 4.

⁵¹⁹ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 582.

⁵²⁰ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 5.

⁵²¹ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 951; P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 310; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 49; D. BIJNENS, H. BORTELS en J. THEUNIS, "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *TVW*, 2019, nr. 2, 59.

⁵²² N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 949; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 18; P.W. BROUWER, *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 184; H. ÁVILA, *Certainty in Law*, 2016, 208-209.

Verder moet het recht ook betrouwbaar zijn indien het wil dienen als een juridisch kader waarbinnen een persoon zijn vrijheid kan uitoefenen. In de eerste plaats vereist dit dat het recht een zekere mate van stabiliteit vertoont.⁵²³ De stabiliteit wordt opgedeeld in een objectieve en subjectieve component. Objectieve stabiliteit wilt zeggen dat het recht als systeem niet te frequent mag veranderen, aangezien dit het moeilijker maakt voor een persoon om zijn handelingen hierop af te stemmen. Het belang van objectieve stabiliteit wordt evenwel minder groot geacht dan de nood aan recht dat mee evolueert met de samenleving die ze probeert te ordenen.⁵²⁴ Anders is het voor de subjectieve stabiliteit die vereist dat de individuele rechtspositie van een rechtssubject niet zomaar aangetast kan worden, in het bijzonder met betrekking tot diens subjectieve rechten.⁵²⁵ Het recht moet de beslissingen die een persoon maakt op basis van het thans geldende juridische kader beschermen. De subjectieve stabiliteit vereist dan ook dat er niet zonder gegronde reden kan worden teruggekomen op de verwezenlijkte rechtsgevolgen van een gestelde handeling. In tegenstelling tot de objectieve stabiliteit, zal de subjectieve stabiliteit minder snel aan de kant kunnen worden geschoven voor de rechtsontwikkeling.

⁵²³ H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 245.

⁵²⁴ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 964; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", RW, 2010-2011, nr.9, 347; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 245.

⁵²⁵ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 965; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 38.

Betrouwbaarheid is evenwel ruimer dan enkel het behoud van wat reeds bestaat, maar omvat ook de legitieme verwachtingen van een rechtssubject naar de toekomst toe. Recht moet de mens immers de vrijheid geven om zichzelf te ontplooien en zijn toekomst te plannen.⁵²⁶ Om die reden moet er bij het wijzigen van het bestaande recht ook rekening worden gehouden met de legitieme verwachtingen die onder de bevolking leven. Er is een conflict tussen enerzijds, het vertrouwen van het rechtssubject op het behoud van het bestaande recht en anderzijds, het algemeen belang dat vereist dat het recht kan verder evolueren en het democratisch principe dat vereist dat de wetgever zijn beleid kan voeren.⁵²⁷ Het vertrouwensbeginsel, dat nauw samenhangt met het rechtszekerheidsbeginsel, beschermt dit vertrouwen en fungeert als een correctiemechanisme op de regels van het overgangsrecht, die de werking van het recht in de tijd regelen.⁵²⁸

De betrouwbaarheidsvereiste is essentieel voor de rechtszekerheid in het verbintenissenrecht. Een eerste reden hiervoor is dat het contract een belangrijke bron van materiële zekerheid is. Het geeft zekerheid over de toekomst en het gedrag van mensen waarmee samengewerkt moet worden door hier juridisch bindende afspraken over te maken.⁵²⁹ Daarnaast biedt de contractsvrijheid een persoon de mogelijkheid om tot op zekere hoogte zijn eigen positie binnen het recht te bepalen. Als het recht een juridisch kader is om binnen te handelen, dan is het contract het middel bij uitstek om die handelingen juridische kracht te verlenen. Deze kracht heeft het niet in het minst te danken aan de rechtszekerheid. Rechtszekerheid vereist dat de beslissingen en legitieme verwachtingen die in het contract zijn vastgelegd, gerespecteerd worden door het recht. Het rechtssubject moet er op kunnen vertrouwen dat een rechtsgeldig tot stand gekomen overeenkomst niet zomaar achteraf gewijzigd wordt door het recht.⁵³⁰

⁵²⁶ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 165; T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 45.

⁵²⁷ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 295; H. ÀVILA, *Certainty in Law*, 2016, 258; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 333.

⁵²⁸ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 173; D. BIJNENS, H. BORTELS en J. THEUNIS, "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *TVW*, 2019, nr. 2, 59; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 334.

⁵²⁹ P. POPULIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 127; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", *RW*, 2010-2011, nr.9, 355 en 359.

⁵³⁰ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 926.

Voor het overgangsrecht vertaalt zich dit in een principiële eerbiedigende werking voor wetten van suppletief recht.⁵³¹ Wetten van dwingend recht of die de openbare orde raken hebben in principe wel onmiddellijke werking. Echter wordt in de rechtsleer ook met betrekking tot dit laatste gepleit voor een systeem dat meer rekening houdt met de legitieme verwachtingen van contractspartijen.⁵³² Ondanks het belang van rechtszekerheid en de waarde die gehecht wordt aan contractsvrijheid, is er toch een groeiende tendens om die vrijheid enigszins te beperken.⁵³³ Een recent voorbeeld daarvan is de nieuwe b2b-wet.⁵³⁴ Op zich betekent een verlies aan contractsvrijheid niet noodzakelijk een verlies aan rechtszekerheid, zolang de contractspartijen de beperkingen kennen op het moment dat ze contracteren of er op kunnen anticiperen naar de toekomst toe.⁵³⁵

Een derde vereiste die rechtszekerheid aan het recht stelt, is dat het voorspelbaar moet zijn. Het is een verdienste van het recht dat het de mens de mogelijkheid geeft om plannen te maken voor de toekomst.⁵³⁶ Een rechtssubject moet daarbij kunnen inschatten hoe de handelingen die hij in de juridische context van vandaag stelt naar de toekomst toe zullen evolueren. Hij moet enigszins kunnen anticiperen op welke gevolgen het recht in de toekomst aan zijn handelen zal toekennen. Dit wilt niet zeggen dat het recht niet verder zou mogen verder evolueren, maar verlangt wel dat dit niet op een plotse of ingrijpende manier gebeurt. In het verbintenissenrecht ligt het belang van de voorspelbaarheid voornamelijk in de mogelijkheid van contractspartijen om te kunnen voorspellen hoe het recht kan ingrijpen op hun overeenkomst, zodat zij hier rekening mee kunnen houden.

⁵³¹ T. REYNTJES, “Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst”, *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 719; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 58.

⁵³² T. REYNTJES, “Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst”, *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 733; T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 66.

⁵³³ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 929; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractueel evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 22-23.

⁵³⁴ Wet van 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.

⁵³⁵ N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, TPR, 1989, 938.

⁵³⁶ T. PIAZZON en L. LEVENEUR, *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 45.

De redelijkheid en haar kwalificatie als open norm lijken onverenigbaar met de eisen die rechtszekerheid aan het recht stelt. Het feit dat redelijkheid een open norm is, zorgt ervoor dat ze enkel kan ingevuld worden op basis van de concrete omstandigheden van het geschil. Aangezien die concrete omstandigheden enkel kunnen gekend zijn op het moment van de beoordeling, is het aan de rechter om de norm in te vullen. De grote beoordelingsvrijheid die daarbij aan de rechter daarbij toekomt, is problematisch voor de rechtszekerheid.

De rechtsregel die de rechter op basis van de redelijkheid toepast, zal zowel materieel als intellectueel moeilijk kenbaar zijn. De lage materiële kenbaarheid wordt veroorzaakt door de beperkte toegang die een burger heeft tot de inhoud van de rechtspraak. Slechts een deel van de rechtspraak wordt gepubliceerd en er bestaat een zekere ambiguïteit rond de selectiecriteria voor publicatie.⁵³⁷ Iemand die de gepubliceerde rechtspraak raadpleegt, kan dus niet zeker zijn of de rechterlijke uitspraak representatief is. Bovendien is het niet zo eenvoudig om toegang te krijgen tot gepubliceerde rechtspraak, aangezien het merendeel daarvan achter een betaalmuur zit. Worden de obstakels van de materiële kenbaarheid overwonnen en heeft de burger (gratis) toegang tot alle gepubliceerde rechtspraak, dan is het nog steeds vereist dat hij de rechtsregel kan begrijpen. Hier speelt de rechter een cruciale rol. Benoemt de rechter de rechtsregel die hij daadwerkelijk op de feiten van het geschil heeft toegepast niet, door gewoon te verwijzen naar de open norm, dan kan deze zo goed als onmogelijk gekend zijn. Specifiek voor het verbintenissenrecht zal dit als gevolg hebben dat contractspartijen hun gedrag hier niet op kunnen afstemmen.

⁵³⁷ P. Taelman en M. Van der Haegen, "Recht op recht! Publicatie van Rechtspraak." In M. De Vos, F. Kéfer, P. Humblet, R. De Corte; E. Van Hoorde en M. Hendryckx (eds.), *De taal is het recht: Liber Amicorum Willy Van Eeckhoutte*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 263-267.

Verder geeft de redelijkheid de rechter de mogelijkheid om af te wijken van de bepalingen van het contract. Hij kan beslissen dat de concrete omstandigheden van het geschil rechtvaardigen dat een contractsbepaling of de uitoefening van een contractueel recht op een bepaalde manier moet worden geïnterpreteerd, aangevuld of zelfs gecorrigeerd.⁵³⁸ De rechtszekerheid, daarentegen, vereist dat de contractspartijen er op kunnen vertrouwen dat de rechten en plichten zoals die thans rechtsgeldig in het contract zijn vastgelegd, gerespecteerd worden. De redelijkheid krijgt pas invulling door de concrete omstandigheden, zoals die worden beoordeeld door de rechter. Er is geen kenbare regel waar de partijen hun handelingen op kunnen afstemmen en die hen de mogelijkheid biedt om te voorspellen welke beperkingen aan hun contractuele vrijheid zal worden gesteld. Sterker nog, er wordt een regel toegepast die niet voorzien kan worden op feiten die reeds hebben plaatsgevonden. Dit injecteert onzekerheid in het contractuele systeem, dat nochtans misschien wel de sterkste aanspraak op zekerheid heeft. Bovendien wordt het contract, dat een veruitwendiging is van de vrijheid van partijen om hun eigen rechtspositie te bepalen, aan de kant geschoven voor wat er in de ogen van de rechter een 'redelijke' oplossing lijkt. Kritiek hierop is dat de rechtszekerheid moet wijken voor een inherent subjectieve beoordeling. De rechter is immers niet gebonden door een wettelijk voorschrift, maar heeft daarentegen de vrijheid om zelf een oplossing te formuleren op basis van hoe hij de omstandigheden weegt. Redelijkheid als norm lijkt haaks te staan op alles waar rechtszekerheid voor staat, waardoor de onverenigbaarheid van de beginselen de logische conclusie lijkt.

⁵³⁸ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 399-400.

En toch...

Het is al te gemakkelijk om simpelweg te besluiten dat rechtszekerheid en redelijkheid onverenigbaar zijn. Inderdaad beide beginselen zijn moeilijk verzoenbaar, maar ze zijn beiden ook fundamenteel voor het verbintenissenrecht. Enkele nuanceringen en voorstellen tot verbetering zullen aantonen dat redelijkheid en rechtszekerheid dicht bij elkaar liggen dan een eerste oogopslag doet vermoeden.

De problemen waar de kenbaarheidsvereiste zich mee geconfronteerd ziet, zijn niet beperkt tot rechterlijk ontwikkelde regels. Het recht is eenvoudigweg te ingewikkeld geworden voor een leek om te begrijpen.⁵³⁹ Voor wettelijke regels en hun toepassing in de rechtspraak is dit niet anders. Sterker nog, in een samenleving met een overvloed aan regels kan een open norm zoals redelijkheid juist een bron van zekerheid zijn.⁵⁴⁰ Het geeft een rechtssubject misschien geen concrete rechtsregel om zijn gedrag op af te stemmen, maar geeft hem wel het vertrouwen dat er geen probleem is zolang hij zich gedraagt binnen de grenzen van het 'redelijke'. Die troost is enigszins mager, omdat wat er verstaan wordt onder redelijkheid grotendeels subjectief is: wat voor de een redelijk is, is dat niet noodzakelijk ook voor een ander. Om hier aan tegemoet te komen zie ik twee mogelijke oplossingen. Een eerste is een gratis, minstens financieel laagdrempelige, toegang tot alle rechtspraak. Hoewel een gewone burger zelfs met toegang tot alle rechtspraak het recht waarschijnlijk nog steeds niet zal begrijpen, is dit voor een (goed opgeleide) jurist anders. Aangezien het aannemelijk is dat contractspartijen zich juridisch laten bijstaan, moet dit ervoor zorgen dat een rechtssubject het recht wel via zijn jurist kan kennen. De toegang moet financieel laagdrempelig zijn om het doorwegen van een eventueel economische onevenwicht op de juridische verhouding zoveel mogelijk te beperken.

⁵³⁹ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 949; B. VAN DEN BERGH, "«Recht zkt zekerheid» voor vaste relatie", RW, 2010-2011, nr.9, 349; I. CLAEYS en L. CORNELIS, "Het vergiftigde geschenk: elkeen wordt geacht de wet te kennen" in *Preadviezen 2014. /: Openbaarheid van overheidsinformatie, Causaliteit in het strafrecht, ieder wordt geacht de wet te kennen (nemo censetur ignorare legem)*, 233-254.

⁵⁴⁰ N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 959.

Een tweede oplossing voor de problematische kenbaarheid is de rechterlijke motivering. Het is belangrijk dat de rechter in zijn beslissing niet louter verwijst naar de open norm. Hij moet de toegepaste regel, de omstandigheden die hiervoor relevant waren en het rechtsgevolg benoemen.⁵⁴¹ Op die manier blijft redelijkheid geen onbepaalde norm en ontstaat er meer duidelijkheid over haar invulling.

Er moet ook aan herinnerd worden dat een open norm zoals redelijkheid tegemoetkomt aan het wettelijk onvermogen om elke situatie vooraf te regelen. De realiteit is nu eenmaal te onvoorspelbaar en de menselijke capaciteit te beperkt om elke situatie vooraf te regelen door middel van een algemene wettelijke regel.⁵⁴² Een open norm is een instrument om te zorgen dat er ook in de situaties die de wetgever niet kon voorzien recht gesproken wordt. Ze biedt daarmee de flexibiliteit die voor het recht broodnodig is om mee te kunnen evolueren met de voortdurend veranderende samenleving. Bovendien kunnen de concrete omstandigheden rechtvaardigen dat er afgeweken wordt van een bestaande regel om een meer rechtvaardige uitkomst te bewerkstelligen. De rechterlijke tussenkomst op basis van de redelijkheid is dan ook meer dan louter een noodzakelijk kwaad. Het voegt een menselijke dimensie toe aan het recht.

⁵⁴¹ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 416-417.

⁵⁴² N. GEELHAND, "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", TPR, 1989, 953-954; P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, Die Keure, 2011, 34; J. M. BARENDBRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid :beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 69; H.L.A HART, *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 128; W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, N.V. Scriptoria, 1973, 64; B. VAN DEN BERGH, "« Recht zkt zekerheid » voor vaste relatie", *RW*, 2010-2011, nr.9, 351; A. VERBEKE, "Rechtszekerheid en aansprakelijkheid in het familiaal vermogensrecht", *RW*, 2011, nr. 39, 1657; S. VERSTRAELEN, *Rechterlijk overgangsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 30.

Desondanks blijft de redelijkheid problematisch voor de vereisten van betrouwbaarheid en voorspelbaarheid van het recht. Redelijkheid geeft de rechter een ruime beoordelingsvrijheid bij het toetsen van een contract aan de concrete omstandigheden van het geval. Het is onvermijdelijk dat daar een zekere subjectiviteit komt bij kijken: een rechter kan immers geen abstractie maken van zijn eigen persoonlijkheid. Ondanks dat subjectiviteit niet uniek is aan de redelijkheid⁵⁴³, is het risico hierop wel groter omdat de rechter geen wettelijke richtlijn heeft waar hij zich aan moet houden. De subjectiviteit van het rechterlijk oordeel is nefast voor de rechtszekerheid, aangezien het met de persoonlijkheid van de rechter een willekeurig element aan de rechterlijk beoordeling toevoegt. Bovendien lijkt het onrechtvaardig, minstens niet correct, dat de rechtszekerheid van een partij moet wijken voor de subjectieve lezing van de omstandigheden door de rechter. Naast de subjectiviteit van het rechterlijk oordeel botst ook onvoorspelbaarheid ervan met de rechtszekerheid. De legitieme verwachtingen van een partij worden aan de kant geschoven door een regel die ze zo goed als onmogelijk had kunnen voorzien.

⁵⁴³ W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, N.V. Scriptoria, 1973, 130-133; G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 116.; R. A. POSNER, *How judges think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, 65-68; J.B.M. VRANKEN, *Mr. C. Assers Handleiding Tot De Beoefening Van Het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel : Een Synthese.*, Deventer, Kluwer, 2014, 75.

In het zoeken naar een evenwicht tussen de redelijkheid en de rechtszekerheid is de rechterlijke motivering van fundamenteel belang.⁵⁴⁴ Zowel redelijkheid als rechtszekerheid zijn evenwel fundamenteel in het verbintenissenrecht, waardoor aan geen van beide een absolute voorkeur kan worden gegeven. De rechter zal de zware taak hebben om in het individuele geval uit te maken welke belang moet prevaleren.⁵⁴⁵ Essentieel daarbij is dat hij zijn beslissing uitvoerig motiveert. De rechter moet niet alleen de regel, de relevante omstandigheden en het rechtsgevolg benoemen, maar ook aangeven waarom de concrete omstandigheden wel of juist niet rechtvaardigen dat er wordt afgeweken van de legitieme verwachtingen van een partij. Die rechterlijke motivering dient hiermee een dubbele functie. Enerzijds dwingt het de rechter om na te denken over hoe zijn beslissing in het ruimere systeem past, wat hem ertoe kan aanzetten om af te wijken van zijn initiële buikgevoel. Anderzijds is het manier om inzicht te krijgen in hoe die afweging door de rechter is gebeurd en hier (opbouwende) kritiek op te geven.

⁵⁴⁴ M. W. HESSELINK, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 416-417; W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, N.V. Scriptoria, 1973, 154-155; J.B.M. VRANKEN, *Mr. C. Assers Handleiding Tot De Beoefening Van Het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel : Een Synthese.*, Deventer, Kluwer, 2014, 141-166; I. CLAEYS en T. TANGHE, "De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)", *RW*, 2019-2020, nr. 9, 331.

⁵⁴⁵ VRANCKEN, J.B.M., "Vertrouwen en rechtszekerheid in het Nederlands overeenkomstenrecht", *TPR*, 1997, 1830.

Bibliografie

Wetgeving

Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, *BS* 7 januari 1989.

Gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State, *BS* 21 maart 1973.

Wet van 30 augustus 1988 tot wijziging van de wet van 3 november 1967 betreffende het loodsen van zeevaartuigen, *BS* 17 september 1988.

Wet van 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.

Wet van 2 mei 2019 houdende diverse bepalingen inzake economie, *BS* 22 mei 2019.

Ministerieel besluit 23 maart 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken, *BS* 23 maart 2020.

Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Economisch Recht wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft (amendementen), Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3.

Rechtsleer

Boeken

A. WYLLEMAN, *Goederenrecht*, Brugge, Die Keure, 2019, 162.

ÀVILA, H., *Certainty in Law*, 520.

BARENDBRECHT, J. M., *Recht als model voor rechtvaardigheid: Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer, Kluwer, 1992, 312.

BROUWER, P.W., *Coherentie, rechtszekerheid en rechtspositivisme: verspreide opstellen van prof. mr. P. W. Brouwer (1952-2006)*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 296.

CALLON, M., LASCOUMES, P. en BARTHE, Y., *Acting in an uncertain world: an essay on technical democracy*, Cambridge, MIT Press, 2009, 287.

COREMANS, H., DUJARDIN, J., SEUTIN, B., VAN DAMME, M. en VERMEYLEN, G., *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2016, 284.

DE BOECK, A., *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 572.

DEKKERS, R., BAETEMAN, G. en DIRIX, E., *Handboek Burgerlijk Recht - Deel II: Zakenrecht, zekerheden en verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 589.

HALPERN, J. Y., *Reasoning about uncertainty*, Cumberland, MIT Press, 2017, 488.

HAMMOND, K.R., *Human Judgment and Social Policy : Irreducible Uncertainty, Inevitable Error, Unavoidable Injustice*, New York, Oxford University Press, 1996, 436.

HART, H. L. A., *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 333.

HESELINK, M. W., *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1999, 495.

KRUIHOF, R. en VAN GERVEN, W., *Hulde Aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Antwerpen, Maklu, 1992, 330.

MARIS, C. W. en JACOBS, F. C. L. M., *Rechtsvinding en de grondslagen van het recht*, Assen, Van Gorcum, 1996, 501.

MARKESINIS, B., UNBERATH, H. en JOHNSTON, A., *The German Law of Contract: a comparative treatise*, Oxford, Hart, 2006, 979.

PIAZZON, T. en LEVENEUR, L., *La sécurité juridique*, Parijs, Defrénois, 2009, 630.

POPULIER, P., *De wet juridisch bekeken*, Brugge, Die Keure, 2004, 424.

POPULIER, P., *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 663.

POSNER, R., *How judges think*, Cambridge, Harvard University press, 2008, 387.

RAITIO, J., *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2003, 398.

RIJKEMA, P., *Rechtensrecht: over de rechtsvormende taak van de rechter in een democratische rechtstaat*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001, 232.

ROZIE, J., RUTTEN, S. en VAN OEVELEN, A., *Overmacht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 170.

SCHOLLEN, P., *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, Die Keure, 2011, 299.

SMITH, E.C., *Feit en rechtsnorm : een methodologisch onderzoek naar de betekenis van de feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel*, Maastricht, Shaker, 1998, 227.

SWAENEPOEL, E., *Toetsing van het contractueel evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 821.

Taelman, P. en Verschelden, G., *Basisbegrippen van het recht*, Leuven, Acco, 2017, 226.

VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Scriptoria, 1973, 166.

VANCOPPERNOLLE, T., *Intertemporeel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 930.

VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G. en HAECK, Y., *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 1594.

VERSTRAELEN, S., *Rechterlijk overgangsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 500.

VRANKEN, J.B.M., *Mr. C. Assers Handleiding Tot De Beoefening Van Het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel : Een Synthese.*, Deventer, Kluwer, 2014, 234.

W. DEWACHTER, W. *De mythe van de parlementaire democratie*, Leuven, Acco, 2003, 475.

WIARDA, G.J en KOOPMANS, T., *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer, Tjeen Willink, 1999, 150.

VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 1214.

Tijdschriften

ARKES, H. A. T. J. GUILMETTE, D. FAUST en K. HART, "Eliminating the Hindsight Bias", *Journal of Applied Psychology*, Vol. 73 nr. 2, 305-307.

BIJNENS, D. BORTELS, H. en THEUNIS, J., "Behoorlijke wetgeving in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *TVW*, 2019, nr. 2, 52-81.

BLANCQUAERT, F., "Het fenomeen retroactiviteit: een 'gevaarlijke' fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort?!", *Jura Falc.*, 1996-1997, 11-64.

CLAEYS, I. en TANGHE, T., "De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)", *RW*, 2019-2020, nr. 9, 323-345.

CLAEYS, I. en TANGHE, T., "De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 2)", *RW*, 2019-2020, nr. 10, 363-379.

CLAEYS, I., "Overzicht van rechtspraak bevrijdende verjaring (1992-2017)", *TPR*, 2018, 605-838.

DESMYTTERE, F. en MESKENS, C., "Temporele modulering van (fiscale) arresten: pleidooi voor onderbouwde handhavingsbeslissingen", *AFT*, 2020/4, 5-29.

DIRIX, E., "Rechterlijk overgangsrecht", *RW*, 2008-2009, nr. 42, 1754-1760.

GEELHAND, N., "Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht", *TPR*, 1989, 923-1000.

NEUHAUS, P. "Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws", *Law and Contemporary Problems*, 1963, vol. 28, nr. 4, 795-807.

REYNTJES, T., "Toepassing van een nieuwe wet op een lopende overeenkomst", *Jura Falc.*, 2014-2015, nr. 3, 711-737.

SOROS, G., "Fallibility, reflexivity, and the human uncertainty principle", *Journal of Economic Methodology*, vol. 20, nr. 4, 309-329.

STRAETMANS, G., "De nieuwe b2b-marktpraktijken uit de wet van 4 april 2019", *DAOR*, 2020/1, nr. 133, 3-13.

VAN DEN BERGH, B., “« Recht zkt zekerheid » voor vaste relatie”, *RW*, 2010-2011, nr.9, 346-365.

VERBEKE, A., “Rechtszekerheid en aansprakelijkheid in het familiaal vermogensrecht”, *RW*, 2011, nr. 39, 1657-1660.

VRANCKEN, J.B.M., “Vertrouwen en rechtszekerheid in het Nederlands overeenkomstenrecht”, *TPR*, 1997, 1825-1860.

WIARDA, G.J., “De rechter tegenover vage rechtsnormen”, *RW*, 1973-1974, nr. 4, 177-199.

(Bijdragen in) verzamelwerken

CLAEYS, I. en CORNELIS, L., “Het vergiftigde geschenk: elkeen wordt geacht de wet te kennen” in *Preadviezen 2014. /:Openbaarheid van overheidsinformatie, Causaliteit in het strafrecht, ieder wordt geacht de wet te kennen (nemo censetur ignorare legem)*, 233-351.

CORNELIS, L., “De achtereenkomst”, in R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren?*, Intersentia, 2011, 25-85.

DEBAENE, M. en DEBAENE, P., “Overheidsaansprakelijkheid”, in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV. Commentaar Verbintenissenrecht, Titel III hoofdstuk 13, 1-116.

OST, F., “L’ heure du jugement” in F. OST en M. VAN HOECKE (eds.), *Temps et droit le droit a-t-il pour vocation de durer*, Brussels, Bruylant, 1998, 91-133.

PEETERS, N., “Verjaring”, in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, losbl., V.3 – 48-104.

SCHOLLEN, P., *Maakt de rechter de wet?*, in P. POPULIER en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Wie maakt de Wet?*, Brugge, Die Keure, 2006, 155

Taelman, P. en Van der Haegen, M., “Recht op recht! Publicatie van Rechtspraak.” In M. De Vos, F. KÉFER, P. HUMBLET, R. DE CORTE; E VAN HOORDE en M. HENDRYCKX (eds.), *De taal is het recht: Liber Amicoricum Willy Van Eeckhoutte*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 259-283.

VUYE, H., “Het parlement als wetgevende macht, historisch en prospectief”, in P. POPULIER en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Wie maakt de wet?*, Brugge, Die Keure, 2006, 20

WRBKA, S., "The Faces and Implications of Legal Certainty in Contemporary Private Law", in M. FENWICK, M. SIEMS en S. WRBKA (eds.), *The Shifting Meaning of Legal Certainty in Comparative and Transnational Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017, 135-157.

Rechtspraak

GwH 17 oktober 2019, nr. 138/2019.

Cass. 20 december 2007, *RW*, 2007-2008, 1368, met noot P. POPULIER

Kh. Brussel 1 februari 2016, *Bank Fin.R.*, 2016, afl. 1, 24-35.

Andere

VAN CAENEGEM, R. C., "Interactie tussen wetgever en rechter voor de Trias Politica", Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, 1-14. (conferentiebijdrage)

<https://economie.fgov.be/nl/themas/verkoop/prijsbeleid/betalingen/afroonden-van-cashbetalingen-de> (website FOD Economie)

S. ANDRIES en C. VANSCHOUBROEK, "De Kamer herleid tot stemmachine", *De Standaard*, 11 januari 2018. (krantenartikel)