

tige factuur voorligt en dat “de imperatieve fiscale wetsbepalingen de openbare orde raken en het hof (van beroep) deze wetten dan ook niet mag miskennen en van het hof (van beroep) niet kan worden geëist aan de ontduiking van de imperatieve fiscale wetsbepalingen mee te werken”.

Aldus nemen de appelrechters aan dat de eiser geen rechtmatig belang heeft om de vordering in te stellen.

3. De appelrechters die vaststellen dat de vordering van de eiser “strekt tot uitvoering van de contractuele verbintenissen van (de verweerders) om een saldo aannemingssom (...) als tegenprestatie voor de inmiddels (door de) gefailleerde vennootschap BVBA AA Renovatiewerken uitgevoerde verbouwwerken” en dus niet dat die vordering enkel het behoud van een wederrechtelijke toestand of van een onrechtmatig voordeel beoogt, verantwoorden hun beslissing niet naar recht en schenden artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek.

4. Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Brussel.

(...)

Noot

Ontbrekende of onregelmatige facturen en rechtmatig belang – en meteen ook vragen bij de rol van artikel 17 Ger.W. en de relevantie van nemo auditur

Hans De Wulf¹

1. BELANG VAN HET BESPROKEN ARREST

1. Het hierboven gepubliceerde cassatiearrest is zowel vanuit puur praktisch als vanuit algemeen-theoretisch oogpunt interessant. Het onmiddellijke, praktische belang van het arrest bestaat erin dat het zonder ruimte voor twijfel te laten duidelijk maakt dat het ontbreken van een factuur of een (fiscale) onregelmatigheid in die factuur, geen afbreuk doet aan de onderliggende overeenkomst waarop die factuur betrekking heeft en dat de vorderingsrechten die uit die onderliggende overeenkomst voortvloeien (recht op betaling van de gepresterde werken) dus in beginsel nog kunnen uitgeoefend worden (zie verdere analyse in nr. 3). Anders gezegd, het ontbreken van of de onregelmatigheid van een factuur leidt op zich niet tot de onontvankelijkheid van een vordering. De vordering zal wel onontvankelijk zijn wanneer de eiser geen rechtmatig belang in de zin van artikel 17 Ger.W. heeft, omdat hij het behoud van een onrechtmatige toestand of van een onrechtmatig verworven voordeel nastreeft. Het zich bevinden in een onregelmatige toestand (nl. geen factuur hebben opgesteld in een geval waarin de BTW-wetgeving, die van openbare orde schijnt te zijn, dat nochtans verplicht stelt) mag niet verward of gelijkgeschakeld worden met het nastreven van het behoud van een onrechtmatige toestand of voordeel.

Door de problematiek, in navolging van de eiser in cassatie, vanuit artikel 17 Ger.W. te benaderen, roept het arrest ook meer algemene en fundamentele vragen op (zie verder nrs. 4 e.v.). Het arrest is wellicht de eerste toepassing in de louter contractuele sfeer van de cassatierechtspraak die (sinds 1939) oordeelt dat alleen iemand wiens *rechtmatig* belang geschonden is, (vergoedbare) schade lijdt en dus een vorderingsrecht ex artikel 1382 B.W. heeft – rechtspraak die sinds een arrest van 2 april 1998 tevens mede in het licht van artikel 17 Ger.W. moet gezien worden. Daardoor roept het arrest de vraag op – die het zeker niet uitdrukkelijk behandelt, maar wij hier wel willen aankaarten – of het vereiste van schending van een rechtmatig belang in het kader van artikel 1382 B.W. als voorwaarde om van (vergoedbare) schade te kunnen spreken, nog wel een zelfstandig bestaansrecht heeft, dan wel voortaan als een loutere toepassing van artikel 17 Ger.W. moet gezien worden. Wij zullen de boude stelling lanceren dat, wat ook de visie van het Hof van Cassatie daarover moge zijn, het opportuun zou zijn om inderdaad de ganse problematiek van vereiste van rechtmatig belang exclusief vanuit artikel 17 Ger.W. te benaderen, ook al betekent dat dat men, tot ongenoegen en ongerustheid van menig specialist procesrecht, onder de dekmantel van een wetsarti-

¹ Docent Universiteit Gent, gastdocent Hogeschool Gent. Meerdere personen verdienen mijn dank voor hun kritische dan wel aanmoedigende opmerkingen bij een eerste versie van dit artikel, maar in het bijzonder Jan Cerfontaine, Jacques Embrechts en Marc Kruithof. Zonder hen was de bijdrage korter en rechtlijniger maar minder genuanceerd geweest, en had ik bepaalde verbanden over het hoofd gezien. Het staat evenwel vast dat deze personen het oneens zullen zijn met sommige stellingen die hier verkondigd worden; die blijven uiteraard exclusief mijn eigen verantwoordelijkheid. Kritische reacties op dit artikel zijn welkom bij hans.dewulf@ugent.be.

kel dat de ontvankelijkheid van een vordering betreft, ook de grond van de zaak gaat beoordelen (nrs. 4-12). Daarop voortbouwend zullen we argumenteren dat de rechtspreuk “*nemo auditur suam turpitudinem allegans*” geen zelfstandig bestaansrecht heeft naast dit vereiste van een rechtmatig belang, tenzij men van oordeel is dat die rechtspreuk aan rechters de mogelijkheid moet bieden om te weigeren de nietigheid van een overeenkomst uit te spreken ook al is die overeenkomst in strijd met de openbare orde, dit *contra* artikel 1131 B.W. en in afwijking van een cassatiearrest uit

1961² dat door de lagere rechtspraak trouw gevolgd wordt (nrs. 13-16). We zullen vervolgens pogen aan de hand van enkele voorbeelden te preciseren wanneer een persoon geacht kan worden het behoud van een onrechtmatige toestand of onrechtmatig voordeel na te streven (nrs. 17-20). Ten slotte zullen we wijzen op de link tussen deze problematiek en die van het ongeoorloofd voorwerp en oorzaak, en de recente cassatierechtspraak over “*fraus omnia corrumpit*” (nr. 21).

2. FEITEN EN BESLISSING VAN HET HOF VAN CASSATIE

2. Een aannemer en een bouwheer sluiten een geldige aannemingsovereenkomst – de geldigheid van de overeenkomst wordt in elk geval niet betwist. De aannemer verstuurt twee facturen, die zonder protest betaald worden. Om redenen die niet blijken uit het cassatiearrest verstuurt hij nooit een factuur voor de derde schijf van de werken. Toch vordert hij betaling voor die laatste schijf. De bouwheer weigert dit saldo te betalen. Het Antwerpse hof van beroep geeft hem gelijk. De door de bouwheer en het Antwerpse hof gehanteerde redenering, die door de aannemer met succes zal aangevochten worden voor het Hof van Cassatie, luidt als volgt: De BTW-wetgeving, die het opstellen van een factuur verplicht maakt³, is van openbare orde. Het hof van beroep mag deze fiscale bepalingen niet miskennen, en mag niet meewerken aan de ontduiking van imperatieve fiscale bepalingen. Om die reden moet de vordering van de aannemer ontoelaatbaar geacht worden: de aannemer heeft geen rechtmatig belang in de zin van artikel 17 Ger.W. Wellicht heeft het Antwerpse hof geredeneerd dat de vordering van de aannemer ertoe strekte een onrechtmatige toestand in stand te houden en dat de aannemer het behoud van een onrechtmatig financieel voordeel nastreefde. Dit was in de geest van het hof wellicht “de oorzaak” van de vordering van de aannemer. Afgaande op de gegevens in het cassatiearrest – de tekst

van het beroepsarrest had ik bij het schrijven van deze noot niet ter beschikking – heeft het Antwerpse hof dit evenwel niet uitdrukkelijk gezegd. Het heeft zijn arrest enkel gebaseerd op de vaststelling dat er geen factuur was, in strijd met de fiscale wetgeving. De eiser in cassatie (de aannemer) heeft dit opgemerkt, en kon de redenering van het hof bijgevolg vrij gemakkelijk aanvallen. De vordering van de aannemer vond inderdaad haar oorzaak in een aannemingsovereenkomst waarvan de geldigheid en dus verbindende kracht door geen van de partijen betwist werd. Dat er geen factuur werd opgesteld, doet geen afbreuk aan de verbindende kracht van die overeenkomst. Door geen factuur op te stellen heeft de aannemer misschien wel de fiscale wetgeving geschonden, maar er bestaat geen verband tussen die wetsovertreding en de vordering van de aannemer. Aan de geldigheid van de overeenkomst wordt geen afbreuk gedaan door de schending van de wet die erin bestaat geen factuur op te stellen.

Het Hof van Cassatie moest dan ook besluiten dat de appellerechters die niet vaststellen dat de vordering van de aannemer enkel het behoud van een wederrechtelijke toestand of van een onrechtmatig voordeel beoogt, artikel 17 Ger.W. schenden door die vordering ontoelaatbaar te verklaren.

3. EEN ONTBREKENDE OF ONREGELMATIGE FACTUUR DOET GEEN AFBREUK AAN HET RECHTMATIG BELANG OM BETALING TE EISEN

3. Hoewel ooit wel eens, volkomen ten onrechte, geoordeeld is dat een onregelmatige factuur tot de nietigheid leidt van de overeenkomst waarop zij betrekking heeft⁴, wordt van oudsher toch aangenomen dat de afwezigheid of fiscale

onregelmatigheid van een factuur noch de geldigheid van de overeenkomst⁵ noch de toelaatbaarheid van een contractuele vordering aantasten, nu de overeenkomst als dusdanig losstaat van de factuur, die slechts een bewijsmiddel is⁶. Ook

² Cass. 19 mei 1961, *Pas.* 1961, I, 1008.

³ Meer bepaald art. 3 § 1, 1° van het K.B. nr. 3 van 10 december 1969.

⁴ Kh. Brussel 22 april 1947, *J.T.* 1947, 421; Kh. Luik 28 januari 1949, *Jur. Liège* 1948-49, 196.

⁵ Zie reeds H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 801, nr. 786.

⁶ Bv. Brussel 8 januari 1990, *Pas.* 1992, II, 9. Iets totaal anders is dat factuurvoorwaarden de oorspronkelijke overeenkomst kunnen aanvullen of binnen bepaalde perken zelfs wijzigen. Zie de verwijzingen bij H. DE WULF in P. DE VROEDE, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht en handelspraktijken 1998-2002”, *T.P.R.* 2005, 150, nrs. 67 e.v.

doet een onregelmatigheid in een factuur in de regel geen afbreuk aan de bewijswaarde van de factuur⁷. Wel is er rechtspraak die de klant toelaat (een deel van) de betaling van werken op te schorten zolang hij geen factuur heeft ontvangen die de verschuldigde bedragen detailleert (en daardoor verifieerbaar maakt)⁸. Die rechtspraak is perfect verenigbaar met het beginsel dat de factuur slechts een bewijsmiddel is en dat zij geen impact heeft op de rechtmatigheid van vorderingen.

Er zijn in deze materie evenwel altijd dissidenten geweest, zowel in rechtspraak als rechtsleer⁹, en het door het besproken cassatiearrest verbroken arrest van het hof te Antwerpen toont aan dat die strekking nog niet dood is. In de meest subtiële en overtuigende vorm luidde de argumentatie dan dat, ook al is een overeenkomst zonder factuur niet nietig (tenzij de fiscale fraude die door het niet-opstellen van de factuur wordt vergemakkelijkt een doorslaggevende reden voor het tot stand komen van de overeenkomst is geweest), de vordering gebaseerd op dergelijke overeenkomst toch ontoelaatbaar moest verklaard worden omdat, zoals ook het Antwerpse hof in de besproken casus heeft geoordeeld, de fiscale wetten die de factuur in een bepaalde vorm verplicht maken, de openbare orde raken, en een rechter die wetten niet mag miskennen noch mag meewerken aan de ontduiking ervan¹⁰. Tegen het argument dat de eiser niet de betaling van de factuur, maar van een schuldvordering voortspuitend uit een als dusdanig perfect rechtsgeldige overeenkomst nastreeft, werd dan opgeworpen dat de eiser de onregelmatige factuur in elk geval als bewijsmiddel inroept en dat zij als bewijsmiddel uit de debatten moest geweerd worden¹¹. Dirix en Ballon argumenteerden dat deze ontoelaatbaarheid steun vindt in het vereiste van rechtmatig belang dat uit artikel 17 Ger.W. voortvloeit “of nog, zo men wil, in de rechtspreuk *nemo auditur...* die ertoe strekt de toegang tot de rechtbanken te ontzeggen aan elke pleiter die niet zuiver in de schoenen staat”¹². Nog afgezien van de vraag of “*nemo auditur*” dergelijke ruime betekenis toekomt, is het onduidelijk hoe de eminente auteurs het uit de debatten weren van een bewijsstuk (zo men wil, de “toelaatbaarheid” van een bewijsstuk) kunnen onderbouwen met

een verwijzing naar artikel 17. Ger.W., dat de toelaatbaarheid van de vordering als dusdanig betreft. Men lijkt hier ontvankelijkheid van de vordering met de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen om haar gegrondheid aan te tonen, te verwarren.

Het cassatiearrest van 2 maart 2006 heeft in elk geval een einde gemaakt aan deze discussie: het vereiste van een rechtmatig belang in de zin van artikel 17 Ger.W. kan enkel worden ingeroepen wanneer de vordering enkel het behoud van een wederrechtelijke toestand of van een onrechtmatig voordeel beoogt, en niet wanneer de eiser zich in een onregelmatige toestand bevindt doordat hij geen factuur of een onregelmatige factuur heeft opgesteld¹³.

Zou een rechter een factuur die wel is opgemaakt maar niet in overeenstemming is met de fiscale wetgeving toch, als bewijsstuk, uit de debatten kunnen weren, in navolging van de vingerwijzing van Dirix/Ballon, maar dan zonder verwijzing naar artikel 17 Ger.W. doch op een andere rechtsgrond, zodat de vordering wel ontvankelijk verklaard wordt, maar niet bewezen wordt geacht?

Uit te sluiten is dit niet, maar elk automatisme terzake moet vermeden worden en meer bepaald zal de factuur niet “uit de debatten geweerd” worden, al helemaal niet op de enkele grond dat zij afwijkt van de fiscale voorschriften over vorm en inhoud van de factuur. De rechter zal gewoon de algemene regels van bewijsrecht toepassen, inclusief uiteraard artikel 25 W.Kh. wat de vrijheid van bewijs tegen handelaars betreft. Ook al wordt zeker op het vlak van de bewijsvoering meer en meer aanvaard dat de rechter helemaal geen lijdelijke rol heeft¹⁴, toch moet hij er zich o.i. voor hoeden al te vlug ambtshalve, om de enkele reden dat er een formele onregelmatigheid aan de factuur kleeft, haar bewijskracht te verwerpen. Hij zal in de regel de argumentatie van de partijen daarover afwachten¹⁵. Slechts in uitzonderlijke gevallen kan een onregelmatigheid in de factuur haar bewijskracht aantasten, bijvoorbeeld wanneer niet de naam van de beweerde schuldenaar, maar die van iemand anders vermeld is op de factuur¹⁶, aangezien de ontvanger dan niet kan weten dat de factuur daadwerkelijk voor hem bestemd is.

7. H. DE PAGE, o.c.; E. DIRIX en G.L. BALLON, *De factuur*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 31, nr. 43; A. CLOQUET, *La facture*, Brussel, 1959, 128, nr. 320. De onregelmatige factuur moet derhalve geprotesteerd worden door de bestemming die het niet eens is met het middels de factuur gevorderde. Zie bv. Gent 20 juni 1997, *T.B.H.* 1998, 445; Kh. Hasselt 21 november 2000, *T.B.H.* 2001, 538; Kh. Hasselt 7 november 2001, *DAOR*, afl. 61/62, 140. Het ging in deze gevallen onder meer om facturen die in strijd met de BTW-wetgeving de rechtsvorm van de uitschrijver niet vermeldden, of later dan de vijfde dag van de maand volgend op de levering waren uitgeschreven.

8. Bv. Kh. Charleroi 23 december 1997, *T.B.H.* 1999, 501.

9. Zie de verwijzingen bij J. LAENENS, “Kroniek van het gerechtelijk recht (1983-84)”, *R.W.* 1984-85, 1746, nr. 3.

10. Kh. Gent 6 mei 1975, *B.R.H.* 1976, 526; Rb. Hasselt 23 april 1979, *R.W.* 1979-80, goedkeurende noot E. DIRIX “Het invorderen van fiscaal onregelmatige facturen”; Vred. Brussel 15 mei 1981, *T. Vred.* 1982, 147. Naast de geciteerde noot van E. DIRIX, zie in dezelfde zin, L. VAN DEN BERGHE, “De vordering in rechte van een bedrag waarvoor geen regelmatige factuur is opgesteld”, *A.F.T. (M)* 1984, 55-56.

11. E. DIRIX, G.L. BALLON, *De factuur*, in *A.P.R.*, Gent, E.Story-Scientia, 1993, nr. 43, 32.

12. E. DIRIX, G.L. BALLON, *De factuur*, in *A.P.R.*, Gent, E.Story-Scientia, 1993, nr. 43, 32.

13. De feiten die aanleiding gaven tot het arrest betroffen enkel de situatie waarin geen factuur werd opgesteld, maar de algemene bewoordingen van het cassatiearrest zijn zonder twijfel ook van toepassing op de situatie waar er wel een factuur, maar een onregelmatige, was opgesteld.

14. J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 502, nr. 1089.

15. Tenzij hij collusie tussen partijen vermoedt.

16. E. DIRIX en G.L. BALLON, o.c., 118, nr. 207, met verwijzing naar Gent 10 oktober 1990, *T.G.R.* 1991, 26.

4. RECHTMATIG BELANG ALS TOELAATBAARHEIDSVORWAARDE VOOR VORDERINGEN: ARTIKEL 1382 B.W. OF 17 GER.W.?

4. Sinds een cassatiearrest van 16 januari 1939 staat vast dat de krenking van een rechtmatig belang volstaat opdat van vergoedbare schade in de zin van artikel 1382 B.W. sprake zou zijn¹⁷. Dit cassatiearrest wou duidelijk maken dat het niet vereist is dat een recht van iemand wordt geschonden opdat een aanspraak op schadevergoeding zou ontstaan, de schending van een belang volstaat¹⁸. Het was te begrijpen dat het Hof eraan toevoegde dat het geschonden belang rechtmatig moest zijn: het kan onmogelijk de bedoeling van een rechtstelsel zijn dat iemand compensatie kan eisen voor het verlies van onrechtmatig verkregen voordelen. Nochtans is het potentieel misleidend om het zo voor te stellen alsof iemand geen schade lijdt wanneer hij een onrechtmatig voordeel verliest. De meest gebruikelijke definitie van schade (naar Belgisch recht) is dat schade “de negatieve uitkomst (is) van een vergelijking tussen twee toestanden, dat is, aan de ene kant, de actuele toestand van de benadeelde zoals die door de onrechtmatige daad is veroorzaakt en, aan de andere kant, de hypothetische toestand waarin de benadeelde zou zijn gebleven of zou zijn terechtgekomen mocht de onrechtmatige daad zich niet hebben voorgedaan”¹⁹. Welnu, het feit dat een voordeel onrechtmatig verworven is of voortvloeit uit een onrechtmatige toestand, betekent niet dat het verlies ervan geen schade in deze zin is²⁰. Wel is het een vorm van schade die niet voor vergoeding in aanmerking komt. Beweren dat schending van een onrechtmatig belang geen schade oplevert is conceptueel even verkeerd als de (wellicht nooit gemaakte) bewering dat onzorgvuldig gedrag dat tot het verlies van een onrechtmatig verkregen voordeel van een derde leidt, geen fout zou zijn. Het Hof van Cassatie en de literatuur hebben het dan ook terecht soms (maar helaas vaker niet dan wel) zo uitgedrukt dat schending van een rechtmatig belang vereist is opdat van *vergoedbare* schade sprake zou

kunnen zijn. Zij gingen dan terecht niet zover te spreken over de afwezigheid van schade als dusdanig.

5. Wat er ook van zij, na het cassatiearrest van 6 januari 1939 is het concept “rechtmatigheid” van het belang een eigen leven gaan leiden. Bekend is de saga omtrent de toepassing ervan op schadevergoedingsclaims ingesteld tussen of door concubinerenden²¹. In de extra-contractuele sfeer probeerden schadeverwekkers of verzekeraars te ontsnappen aan hun vergoedingsplicht door elke onwettigheid begaan door de schade-eiser aan te grijpen om te argumenteren dat deze geen rechtmatig belang had. Daarbij werd niet steeds duidelijk gemaakt of men bedoelde dat het slachtoffer/eiser geen schade had geleden, dan wel dat hij geen rechtmatig belang in de zin van artikel 17 Ger.W. had om die schadevergoeding wel degelijk op te eisen²².

Deze praktijken noopten het Hof van Cassatie ertoe om de puntjes op de i te zetten, waarbij ook het Hof meewerkte aan een verglijding van het concept “rechtmatig belang” opdat van vergoedbare schade in de zin van artikel 1382 B.W. sprake zou zijn naar een vereiste van rechtmatig belang als ontvankelijkheidsvereiste voor elke vordering in rechte, in de zin van artikel 17 Ger.W.

In verband met extra-contractuele vorderingen tot schadevergoeding heeft het Hof van Cassatie duidelijk gemaakt dat diegene die met zijn vordering de instandhouding van een toestand in strijd met de openbare orde nastreeft, geen rechtmatig belang heeft. De vordering mag evenwel slechts onontvankelijk verklaard worden wanneer de eiser *enkel* het behoud van een onrechtmatige toestand²³ of een onrechtmatig voordeel²⁴ nastreeft. Meer bepaald wordt iemand niet beroofd van zijn vorderingsmogelijkheid, enkel omdat hij

¹⁷ Cass. 16 januari 1939, *Pas.* 1939, I, 25, *R.G.A.R.* 1939, nr. 3002, noot J. FONTEYNE; Cass. 2 mei 1955, *Pas.* 1955, I, 950; Cass. 26 juni 1967, *Pas.* 1967, I, 1260; Cass. 4 september 1972, *Pas.* 1973, I, 1; Cass. 17 juni 1975, *Pas.* 1975, I, 999; Cass. 19 december 1978, *Pas.* 1979, I, 472; Cass. 3 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 921, *Pas.* 1997, I, 965. Voor een samenvatting van de huidige stand van zaken in de rechtspraak, zie A. VAN OEVELEN, “Recente vernieuwende cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht”, in *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, Brussel, Larcier, 2005, 213-14.

¹⁸ Vandaar dat een man die bij zijn zus, die voor hem het huishouden doet, inwoont, schadevergoeding kon eisen voor het feit dat die zus tengevolge van de fout van een derde dat huishouden niet meer kon verzorgen, ook al bestaat er tussen broer en zus geen onderhoudsplicht en had de man dus geen *recht* op hulp in het huishouden vanwege zijn zus (casus van het arrest uit 1939).

¹⁹ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 447-448.

²⁰ Zie reeds J. RONSE bewerkt door L. DE WILDE, *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, Gent, E.Story-Scientia, 1984, 39, nr. 34; L. DE WILDE, “Het begrip ‘schade’”, in *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1999, nrs. 26-27.

²¹ Voor een up-to-date beknopt overzicht van die materie, zie W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 449 of D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, deel II, *Schade en schadeloosstelling*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XI, Brussel, E.Story-Scientia, 1999, 43-47, of nog J. KIRKPATRICK, “Lorsqu’un délit a causé une incapacité de travail, la victime peut-elle obtenir la réparation du dommage résultant de la privation de revenus professionnels non déclarés au fisc?” (noot onder Cass. 14 mei 2003), *R.C.J.B.* 2004, 156, nr. 12.

²² Voor toepassingen van de rechtmatig belang vereiste in de rechtspraak, zie het interessante overzicht in de conclusies van adv.-gen. J. SPREUTELS voor Cass. 14 mei 2003, *R.C.J.B.* 2004, vooral nrs. 2-4, 137-139. Zie ook de bespreking van drie cassatiearresten bij I. CLAEYS, “Geen bouwvergunning, verlies van elke rechtsbescherming?”, *T.B.H.* 1999, 840. Voor (veelal oudere) illustraties uit de lagere rechtspraak beperkt tot toepassing in het kader van art. 1382 B.W., zie bv. J. RONSE, bewerkt door L. DE WILDE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, E.Story-Scientia, 1984, 40-42 en E. DIRIX, *Het begrip schade*, Maklu, 1984, 69-71.

²³ Cass. 2 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, 407 (met concl. adv.-gen. De Swaef), *Pas.* 1998, I, 431, *T.B.B.R.* 1999, 251, noot D. SIMOENS, “Een illegaal opgestelde caravan moogt u niet beschadigen”, *R.W.* 1998-99, 502, noot.

²⁴ Cass. 14 mei 2003, *R.G.A.R.* 2003, nr. 13.767 (met concl. adv.-gen. Spreutels), *R.C.J.B.* 2004, 135, noot J. KIRKPATRICK.

zelf een onwettigheid heeft begaan of zich in een onregelmatige toestand bevindt. De eigenaar van een caravan die zonder vergunning en in strijd met de stedenbouwwet opgesteld staat kan, ondanks die onwettigheid, vergoeding vorderen voor de schade aan zijn caravan²⁵. Een verzekeraar die een verzekeringsonderneming uitbaat zonder de vereiste toelating daartoe, kan niettemin schadevergoeding vorderen van een oplichter die door fraude de uitbetaling van verzekeringsvergoedingen heeft uitgelokt²⁶. De eigenaar van een gebouw dat afgebrand is kan van zijn brandverzekeraar een uitkering eisen, ook al was het afgebrande gebouw zonder bouwvergunning gebouwd; de wetschending die volgt uit het ontbreken van een bouwvergunning heeft niet tot gevolg dat de verzekeringsovereenkomst een ongeoorloofd voorwerp heeft²⁷. Wanneer iemand daarentegen de helft van de tijd in overeenstemming met alle reglementering tewerkgesteld is, maar de andere helft van de tijd in het zwart werkt en daarbij bovendien de wetgeving op de arbeidsduur schendt en dan tijdelijk werkonbekwaam wordt door de fout van een derde, dan kan hij wel vergoeding vorderen voor zijn lichamelijke schade en voor het inkomstenverlies voor de periode van reguliere tewerkstelling, maar heeft hij geen vordering ter compensatie van de inkomsten die hij als zwartwerker misloopt, nu hij met dat deel van zijn vordering vergoeding probeert te bekomen voor het verlies van een onrechtmatig voordeel²⁸. En in een arrest waarin weliswaar noch artikel 17 Ger.W. noch het concept rechtmatig belang ter sprake komen, verbreekt het Hof van Cassatie een Antwerps arrest waarin een onteigeningsvergoeding werd toegekend voor ook dat deel van de onteigende gebouwen dat zonder bouwvergunning was opgetrokken, nu volgens het Hof geen vergoeding kan worden toegestaan “voor het onwettig voordeel dat is verworven door werken die zonder de vereiste vergunningen zijn uitgevoerd”²⁹.

Het criterium is vrij duidelijk dat er een rechtstreekse band moet zijn tussen de vordering en het behoud van een onrechtmatig voordeel of onregelmatige toestand opdat de vordering zou kunnen afgewezen worden wegens gebrek aan rechtmatig belang³⁰. Of dit ook een duidelijk criterium

is, is een andere vraag, waarop in nr. 17 wordt ingegaan.

6. Het hier besproken cassatiearrest van 2 maart 2006 is wellicht het eerste dat de bovenstaande gedachten rechtlijnig doortrekt naar de sfeer van contractuele vorderingen³¹: uit de vaststellingen door het hof van beroep gedaan bleek wel dat de eisende aannemer zich in een onregelmatige toestand bevond, minstens dat hij de wet had geschonden door geen factuur op te stellen, maar niet dat hij met zijn vordering een onrechtmatige toestand in stand probeerde te houden of het verlies van een onrechtmatig verkregen voordeel probeerde te vermijden.

7. Dit doortrekken van de rechtspraak over rechtmatig belang opdat sprake zou kunnen zijn van vergoedbare schade in de zin van artikel 1382 B.W. naar de contractuele sfeer vereist natuurlijk dat de band tussen het leerstuk en artikel 1382 B.W. wordt doorgeknipt. En inderdaad wordt het arrest van het Antwerpse hof van beroep niet verbroken wegens schending van artikel 1382 B.W., maar van artikel 17 Ger.W.: de ontvankelijkheidsvoorwaarde voor elke burgerlijke vordering van een belang. Het was niet de eerste keer dat het Hof van Cassatie het rechtmatig belangvereiste op artikel 17 Ger.W. stoelde: ook in het reeds genoemde arrest van 2 april 1998 over de beschadiging van een ongelidig opgestelde caravan, ging het Hof, in navolging van de eiser in cassatie maar ook advocaat-generaal De Swaef, naadloos over van een analyse in termen van artikel 1382 B.W. naar verbreking op basis van artikel 17 Ger.W.

Nu eist artikel 17 Ger.W. wel een belang, maar de tekst heeft het niet over een “rechtmatig” belang, en ook in de voorbereidende werken van het Gerechtelijk Wetboek is geen spoor te vinden van een vereiste dat het belang rechtmatig zou moeten zijn opdat de vordering in rechte toelaatbaar zou zijn³². Het lijkt anderzijds toch wel vanzelfsprekend dat een rechtstelsel enkel vorderingen waarbij de eiser een *rechtmatig* belang heeft, kan toelaten. In Frankrijk staat het vereiste van een rechtmatig belang in de wet³³. In België heeft de Raad van State steeds, eveneens zonder steun daarvoor in

²⁵. Cass. 2 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, 407.

²⁶. Cass. 15 mei 2001, *A.J.T.* 2001-02, 679, *R.W.* 2003-04, 417 (verkort). Zie ook, naar Frans recht, over de weerslag van het ontbreken van een vergunning op de geldigheid van contracten afgesloten door een financiële instelling, M. TISON “Libre prestation de services et nullité d’opérations bancaires pour défaut d’agrément”, *Revue de droit bancaire et de la bourse* 1995, 171-179. Sindsdien heeft het Franse Hof van Cassatie een bocht genomen en heeft het in verenigde kamers geoordeeld dat het ontbreken van een vergunning in beginsel niet tot de nietigheid van de bancaire contracten leidt: Cass. fr. 4 maart 2005, *Rev. dr. banc. fin.* 2005, nr. 3, 48, met kritische noot J. STOUFFLET, “Le défaut d’agrément bancaire n’entraîne pas la nullité des contrats conclus”.

²⁷. Cass. 8 april 1999, *T.B.H.* 1999, 855, noot I. CLAEYS.

²⁸. Cass. 14 mei 2003, *R.G.A.R.* 2003, nr. 13.767.

²⁹. Cass. 18 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 543, noot, *A.J.T.* 1998-99, 934, noot L. DE GEYTER.

³⁰. Aldus in wezen I. CLAEYS, “Geen bouwvergunning, verlies van elke rechtsbescherming?”, *T.B.H.* 1999, 842, nrs. 6 en 845, nr. 11 en ook reeds E. DIRIX, *Het begrip schade, o.c.*, 71 *in fine*.

³¹. In de lagere rechtspraak was dat al eerder gebeurd, zie Kh. Brussel 29 november 1995, *R.W.* 1996-97, 98, waar geoordeeld werd dat een overeenkomst met een ongeoorloofd voorwerp geen aanleiding kan geven tot vorderingen in rechte in het licht van art. 17 Ger.W.

³². L. DE WILDE, “Het begrip schade”, in *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendenzen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 197, nr. 23, die er op wijst dat de in de voorbereidende werken vaak geciteerde auteurs Solus en Perrot schreven dat de kwestie van de rechtmatigheid van het belang niet de ontvankelijkheid, maar de grond van de zaak betrof. De echo van de woorden van DE WILDE treft men aan bij G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Brussel, Bruylant, 2002, 102 en D. LINDEMANS, “Het rechtmatigheidsvereiste voor het belang bij een rechtsovereenkomst of een rechtsmiddel: een paralegale wijze van rechtshandhaving” (noot onder Cass. 7 oktober 2003), *T.R.O.S.* 2004, 36.

³³. Art. 31 Code de procédure civile.

een expliciete wettekst, een rechtmatig belang geëist voor de toelaatbaarheid³⁴ van de vordering tot nietigverklaring van een administratieve rechtshandeling³⁵, en ook in strafzaken wordt doorgaans een rechtmatig belang geëist opdat een burgerlijke partijstelling ontvankelijk zou zijn³⁶.

Sommige procesrechtsspecialisten vinden dit nochtans minder vanzelfsprekend dan de gemiddelde leek op basis van zijn billijkheidsgevoel. Volgens D. Lindemans is het arrest van 2 april 1998 zelfs het eerste cassatiearrest waarin het Hof een rechtmatig belang in de zin van artikel 17 Ger.W. heeft geëist³⁷. In Frankrijk hebben eminente juristen het inschrijven in de wet van de rechtmatig-belang-vereiste als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor een vordering in rechte, scherp bekritiseerd³⁸. Artikel 17 Ger.W. formuleert inderdaad immers een ontvankelijkheidsvereiste, terwijl het onderzoek naar de aanwezigheid van een rechtmatig belang zonder twijfel deel uitmaakt van een onderzoek van de grond van de zaak³⁹.

In België heeft G. Block wellicht de meest omvattende kritiek op het vereiste van rechtmatig belang in de zin van artikel 17 Ger.W. gegeven⁴⁰. De kritiek is in wezen driedelig. Vooreerst, om het zoals Block met de woorden van Solus en Perrot te zeggen: “Ce sont là des errements condamnables qui, du point de vue pratique, conduisent à des résultats peu satisfaisants; car à la faveur de cette méprise, le juge peut être tenté d’esquiver le débat au fond et se plaçant délibérément sur le terrain de la recevabilité”⁴¹. Ten tweede zou een rechter die in het kader van de ontvankelijkheidsbeoordeling vaststelt dat de aanspraak van de eiser juridisch beschermd

is, de vordering niet meer ten gronde kunnen afwijzen zonder de regels inzake gezag van gewijsde te schenden⁴². En ten slotte zou een rechter die reeds bij de ontvankelijkheidsbeoordeling elementen van de grond heeft beoordeeld, niet meer als objectief onpartijdig beschouwd kunnen worden wanneer hij over de grond van de zaak moet oordelen⁴³.

8. Er zit een grond van waarheid in sommige van de door Block aangehaalde punten, en zijn kritiek kan zelfs nog met andere argumenten versterkt worden. Toch lijkt artikel 17 Ger.W. ons een betere basis dan om het even welke andere om een rechtmatigheidstoetsing door de rechter te rechtvaardigen.

Laten we beginnen met de minst belangrijke punten. De laatste twee bezorgdheden die door Block geformuleerd worden, gesteund op gezag van gewijsde en onpartijdigheid van de rechter, lijken ons zonder grond, omdat zij uitgaan van een scheiding tussen beoordeling van toelaatbaarheid en gegrondheid van de vordering die niet bestaat met de zuiverheid die die auteur en met hem vele anderen wenselijk en zelfs mogelijk achten. Zeker is het mogelijk toelaatbaarheid en gegrondheid begripsmatig te onderscheiden. Maar doorgaans⁴⁴ is het één en dezelfde rechter die beiden beoordeelt in één en hetzelfde proces en in één en hetzelfde vonnis. Binnen één vonnis kan, ook binnen het dispositief, wel sprake zijn van interne tegenstrijdigheden, maar met schending van gezag van gewijsde heeft dat niets te maken. Daarnaast kan het voorkomen dat een rechter in verschillende hoedanigheden met één en hetzelfde geschil geconfronteerd

34. We gebruiken in deze tekst de woorden “toelaatbaarheid” en “ontvankelijkheid” als synoniemen, wat ze ook zijn, ook al spreekt het Gerechtelijk Wetboek steeds over “toelaatbaarheid”, een woord dat wij in sommige zinnen onesthetisch vinden.

35. Voor enkele recente evoluties op dat vlak, zie S. LUST, “Tussen objectief en subjectief beroep: belang en hoedanigheid in de procedure voor de Raad van State”, in *Goed procesrecht, goed procederen*, PUC W. Delva 2002-2003, Diegem, Kluwer, 693 e.v. Voor een vergelijking tussen die rechtspraak en die van de gewone rechtscollèges en het Arbitragehof, zie S. BEERNAERT, “Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof”, *P.&B.* 2000, 155.

36. Daarover M. GELDERS, “Onontvankelijkheid van de burgerlijke partijstelling wegens onrechtmatig belang” (noot onder Corr. Antwerpen 31 maart 1995), *R.W.* 1996-97, 195. Zie ook R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, Maklu, 1990, 42-47.

37. D. LINDEMANS, *l.c.*, *T.R.O.S.* 2004, 35-36 ter hoogte van voetnoot 7. Hoewel die vaststelling misschien juist is – in de meest gebruikte handboeken procesrecht (Fettweis, de Leval, Laenens/Scheers/Broeckx) vindt men inderdaad geen verwijzingen naar het rechtmatig-belang – vereiste ouder dan het arrest van 2 april 1998 – kan niet ontkend worden dat a) in de procesrechtliteratuur reeds voordien het vereiste van een rechtmatig belang geponeerd werd, zie bv. A. FETTWEIS, *Droit judiciaire privé*, Luik, Presses Universitaires de Liège, 1983, nr. 178 b) dat voorheen eisen gebaseerd op een onrechtmatig belang ofwel werden afgewezen op basis van art. 1382 B.W., ofwel op basis van *nemo auditur* of *fraus omnia corrumpit*.

38. Zie de talrijke auteurs geciteerd door G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Brussel, Bruylant, 2002, 99-110, nrs. 62-63.

39. Dat een onderzoek naar de rechtmatigheid van het belang onvermijdelijk tot op zekere hoogte leidt tot het behandelen van een gegrondheidsvraag is door vele auteurs opgemerkt, waaronder P. VANLERSBERGHE, “Artikel 17 Ger.W.”, in *Artikelsgewijze commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, losbladig, nr. 6 en “Art. 18 Ger.W.”, nr. 3; L. DE WILDE, “Begrip ‘schade’”, in *Onrechtmatige daad. Actuele tendenzen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 199, nr. 27; zie ook de stimulerende bijdrage van S. BEERNAERT, *o.c.*, 160-61, nrs. 11-13, die het verband ook legt en daarom tot de conclusie komt dat aan de rechtmatigheid van het belang geen betekenis kan toekomen bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een vordering (eerste zin van zowel nr. 12 als nr. 13). Zij stelt dan ook dat het befaamde *caravan*-arrest van 2 april 1998 van het Hof van Cassatie op een verwarring berust, en wellicht zou zij hetzelfde oordeel vellen over het arrest van 2 maart 2006.

W. Van Gerven heeft de situatie goed uitgedrukt bij zijn bespreking van *nemo aditur*: “Bijgevolg staat de eraan ontleende *onontvankelijkheid* (die een beoordeling inhoudt welke samen met de grond van de zaak wordt onderzocht) eveneens ter beoordeling van de rechter (...)” (*Verbintenissenrecht*, Acco, Leuven, 2006, 152, cursivering door HDW toegevoegd).

40. Maar hij is zeker niet de enige, zie bv. ook J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d’action en justice des groupements*, Brussel, Larcier, 1972, 348 volgens wie er geen sprake kan zijn van een eis van rechtmatigheid van het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde; uitgebreid en doortastend S. BEERNAERT, vorige voetnoot; D. LINDEMANS, voetnoot 32.

41. H. SOLUS en R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, 1961, I, 196, nr. 221, aangehaald bij G. BLOCK, *o.c.*, 108.

42. G. BLOCK, *o.c.*, 109.

43. G. BLOCK, *o.c.*, 110.

44. In de situaties waar dat niet zo is, snijdt de kritiek van Block en zijn medestanders meer hout, daarover zo dadelijk nr. 11.

worden⁴⁵ en dat kan problemen van onpartijdigheid opleveren die ertoe kunnen leiden dat de rechter de tweede keer niet mag zetelen in de zaak. Maar wanneer een rechter in een proces verschillende denkstappen zet, kan er geen sprake zijn van gebrek aan onpartijdigheid wanneer hij de kans krijgt om bij de tweede gedachtegang voort te bouwen op zijn eerdere.

9. Het eerste door Block genoemde bezwaar, het gevaar dat de rechter er zich gemakkelijk vanaf wil maken en meer bepaald een diepgaand onderzoek ten gronde wil vermijden door dat onderzoek als een ontvankelijkheidskwestie af te doen en al te vlug tot onontvankelijkheid van de vordering te beslissen, is niet geheel zonder grond. Volgens ons weegt het nochtans niet zwaar genoeg, en niet alleen omdat het van een nogal pessimistische kijk op de beroepsernst van rechters getuigt.

We willen vooreerst, om misverstanden te vermijden, benadrukken dat we weten dat artikel 17 Ger.W. blijkens de tekst zelf ervan een toelaatbaarheidsvereiste formuleert en dat we tegelijkertijd geenszins willen ontkennen dat een onderzoek naar de rechtmatigheid van een vordering in rechte vaak een materieelrechtelijk, inhoudelijk onderzoek impliceert. Het is echter *niet* onze bedoeling om rechters via een rechtmatig belang-toetsing toe te laten of te verplichten bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de vordering te onderzoeken of de eiser daadwerkelijk een geschonden subjectief recht kan laten gelden.

Vóór maar ook ná de invoering van het Gerechtelijk Wetboek werd vaak aangenomen dat een eis slechts toelaatbaar was indien de eiser niet alleen een belang aantoonde, maar ook een recht⁴⁶. In het Gerechtelijk Wetboek (1967) heeft zulk een vereiste nochtans nooit bestaan. Uit de definitie van belang in het verslag Van Reepinghen, nl. ieder materieel of moreel voordeel dat de eiser effectief en niet louter theoretisch kan trekken uit de vordering die hij instelt⁴⁷, lijkt intengedeel te volgen dat voor dergelijk vereiste geen plaats is. Vandaag de dag heeft men dat vereiste dan ook terecht laten vallen⁴⁸, en wij verheugen ons daarin, zowel vanuit conceptueel oogpunt – op deze manier worden gegrondheidsonderzoek en ontvankelijkheidsonderzoek niet meer dan nodig met elkaar vermengd – als vanuit proceseconomische optiek: de rechter kan vlug aan de grond toekomen zonder

zich eerst door een al te lang ontvankelijkheidsonderzoek te worstelen.

Na de definitie van belang door Van Reepinghen in herinnering geroepen te hebben, probeert menig auteur de huidige stand van ons recht dan voor zijn lezers te verduidelijken door te zeggen dat slechts het inroepen van een subjectief recht, en niet het bestaan ervan een ontvankelijkheidsvereiste is⁴⁹. Sommigen voegen er nog aan toe – zonder dat steeds duidelijk is of dit slecht als verduidelijking van de voorgaande zin, dan wel als aanvulling bedoeld is – dat er weliswaar geen sprake moet zijn van een juridisch beschermd belang – want dat eisen zou niks anders zijn dan een subjectief recht eisen – maar dat er toch van een *rechts*geskil sprake moet zijn, en niet slechts van een belangenconflict of de wens de wettigheid op zich te handhaven⁵⁰. Wij vinden deze laatste omschrijvingen ongelukkig, en meer bepaald een afwijking van de inmiddels nochtans wellicht door iedereen aanvaarde definitie van procesbelang die Van Reepinghen gaf.

Als men de definitie van Van Reepinghen zonder meer aanvaardt, moet men o.i. meteen de visie die Marcel Storme in zijn colleges procesrecht verdedigde aanvaarden, nl. “s’il y a action, il y a intérêt”: van zodra vaststaat dat er sprake is van een werkelijke betwisting tussen personen – en men dus niet een louter theoretisch advies aan de rechtbank komt vragen via het aanspannen van een procedure – is er een soort vermoeden dat als iemand de moeite doet om een proces te beginnen, hij hoopt daaruit een voordeel te halen. Dit vermoeden is pas weerlegd wanneer de verweerder aantoonde dat er sprake is van misbruik van procesrecht.

Wanneer men daarentegen, zoals wellicht de meerderheid van de rechtsleer, niet zo ver gaat als Storme, en eist dat het geschil een rechtsgeschil is waarbij een subjectief recht wordt ingeroepen, kan dat van twee dingen slechts één betekenen.

Ofwel neemt men die uitspraak ernstig en gaat ervan uit dat zij een betekenis heeft. In dat geval verlangt men van de rechter dat hij nagaat of de eiser zich op een subjectief recht beroept én of het ingeroepen recht, ook al is allesbehalve zeker dat het in de concrete omstandigheden inroepbaar is door die welbepaalde eiser, *in abstracto* in ons objectieve

45. Bv. eerst als kortgedingrechter, dan ten gronde; eerst als rechter in eerste aanleg, dan als raadsheer in een hof van beroep waar de zaak aanhangig wordt gemaakt voor zijn kamer.

46. Zie S. BEERNAERT, *o.c.*, 155 *in fine*, met verwijzingen.

47. C. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel, 1964, 41.

48. Zie slechts J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS, *Handboek gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 84. Vandaar dat het Hof van Cassatie een arrest moest verbreken waarin de appelrechters een vordering als onontvankelijk bij gebrek aan belang hadden afgewezen op basis van de vaststelling dat de facturen waarvan betaling gevorderd werd, niet meer verschuldigd waren, nu sommige inmiddels betaald waren en voor een andere een creditnota was opgesteld. Het Hof oordeelde dat uit die vaststelling geen onontvankelijkheid kon afgeleid worden. Inderdaad betreft het vaststellingen over de grond van de zaak en zoals de eiser in cassatie terecht aanvoerde volstaat het dat een eiser beweert titularis van een subjectief recht te zijn opdat hij een belang zou hebben: Cass. 14 januari 1983, *Pas.* 1983, I, 583, nr. 288.

49. S. BEERNAERT, *o.c.*, 156.

50. Onder meer J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 84, nr. 132, met verwijzingen; S. BEERNAERT, *o.c.*, 156.

recht als bestaand erkend is. (De rechter moet dan nagaan of bv. de volgende uitspraken correct zijn, zonder ze reeds op het concrete geschil en de concrete partijen te proberen toe te passen: “Aandeelhouders hebben in de regel een subjectief recht op de lancering van een openbaar overnamebod in omstandigheid X”; “Concurrerende vennootschappen hebben in de regel een subjectief recht op respect door elkaar van de regels betreffende kapitaalverlies”). In dat geval kan men volgens mij niet ontkennen dat de rechter een materieelrechtelijk element onderzoekt, en zich in die zin met de grond van de zaak, nl. het bestaan, al is het slechts in abstracto, van een subjectief recht bezighoudt.

Ofwel aanvaardt men dat de eiser ermeê kan volstaan, om de ontvankelijkheid van zijn eis aan te tonen, dat hij beweert dat in abstracto zulk subjectief recht bestaat (bv. “ik, eiser, beweer dat concurrenten een subjectief recht hebben om van elkaar respect van de milieureglementering te verlangen, nu het negeren daarvan een concurrentieel voordeel voor mijn concurrent kan opleveren”), zonder dat men aan de rechter toelaat die bewering in de ontvankelijkheidsfase te controleren. Het zich beroepen op een subjectief recht is dan een loutere formaliteit, waaraan niet de minste betekenis toekomt. Men zwijgt dan ook beter over het bestaan van zulk een vereiste.

Ons eerste punt is dus, anders en korter gezegd, dat wie het inroepen van een subjectief recht eist opdat van belang sprake zou zijn, *onvermijdelijk* van het belangvereiste een vereiste ten gronde maakt, zodat het als een vergissing van de wetgever moet gezien worden het belang in artikel 17 Ger.W. een toelaatbaarheidsvoorwaarde genoemd te hebben. In die visie, die zoals gezegd wellicht de meerderheidsvisie in de rechtleer is, dwingt men rechters, ook al beweert men het tegendeel, tot een onderzoek van de grond van de zaak *ook in die gevallen waarin de rechter zich geen vragen moet of mag stellen over de rechtmatigheid van dat belang*. Het is volgens ons dus inconsistent te beweren dat een rechtmatigheidstoets niet kan in de fase van de ontvankelijkheid en anderzijds te eisen dat de eiser zich op een subjectief recht beroept, al moet hij het *in concreto* bestaan van dat recht niet aantonen⁵¹.

Ten tweede willen we er op wijzen dat het onderzoek naar de hoedanigheid van de eiser, waarvan voor zover bekend niemand ooit beweerd heeft dat het iets anders is dan een ontvankelijkheidsvraagstuk, vaak een ingewikkeld onderzoek is, nl. in die gevallen waarin iemand voor een ander een vordering geldend wil maken, of een feitelijke vereniging in rechte optreedt. Het is regelmatig onmogelijk die kwesties op te lossen zonder wel degelijk materieelrechtelijke vragen op te lossen, en daar veel tijd aan te besteden. Ook al hopen ook wij vanuit onze academische sofa's dat rechters zo weinig mogelijk met dergelijke vragen geconfronteerd worden vooraleer zij het eigenlijke geschil kunnen beginnen oplossen, het argument dat een onderzoek naar de rechtmatigheid van het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde niet wenselijk is *omdat* het materieelrechtelijke vragen betreft en ingewikkeld is, overtuigt ons niet, precies omdat dit dus ook het geval is bij het onderzoek van de hoedanigheid – om van een onderzoek naar de procesbekwaamheid van een partij, toch ook doorgaans als een ontvankelijkheidskwestie bestempeld, nog te zwijgen.

10. Ons voornaamste punt is dat de processualistische kritiek ons overtrokken lijkt als men rekening houdt met de opbouw van een Belgisch burgerlijk proces. In het Belgisch burgerlijke procesrecht – waar geen algemene theorie over toelaatbaarheid van vorderingen bestaat⁵² – is er namelijk geen duidelijke scheiding tussen het onderzoek van toelaatbaarheidsvoorwaarden en de grond van de zaak (zie nuancering in nr. 11). In een vonnis zal de rechter de grond van de zaak weliswaar niet verder behandelen wanneer hij oordeelt dat de vordering ontoelaatbaar is. Maar er bestaat bij ons geen “pre-trial phase” zoals bijvoorbeeld in het Amerikaans recht, waarin eerst ontvankelijkheidsvragen onderzocht worden, een summier onderzoek ten gronde gedaan wordt teneinde te beslissen of een “motion to dismiss” moet ingewilligd worden⁵³, en eventueel aan *discovery* gedaan, dit alles vooraleer (definitief) over de grond van de zaak beslist wordt. Daar waar dilatoire en een aantal andere excepties *in limine litis* moeten opgeworpen worden, is het naar Belgisch recht allesbehalve duidelijk of vaststaand dat dit voor elk onontvankelijkheidsverweer in het algemeen

51. Eisen dat een subjectief recht wordt ingeroepen, zorgt ervoor dat de beoordeling van het *ius agendi* als een vraagstuk van toelaatbaarheid/ontvankelijkheid gezien wordt. Wij vinden dat ongelukkig, aangezien de vraag naar het *ius agendi* de grond van de zaak betreft. Volgens ons ware het beter geweest enkel en alleen de toetsing aan zuiver procedurele excepties en gezag van gewijsde als een ontvankelijkheidskwestie te zien. Dat is echter niet de optie die art. 17 Ger.W. zoals uitgelegd door de meerderheidsrechtsleer genomen heeft. Welnu, ik kan niet begrijpen hoe iemand kan verdedigen dat de vraag naar het bestaan van een *ius agendi* een ontvankelijkheidsvraag is en tegelijk kan ontkennen dat de vraag naar het rechtmatig belang ook als ontvankelijkheidsvraag mag gezien worden. Beiden betreffen met dezelfde intensiteit de grond van de zaak.

52. J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS, *o.c.*, nr. 118, 77-78, met de verwijzingen aldaar; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2^{de} uitg., 2005, 51.

Voor een poging tot systematisering, zie R. DE CORTE, “Hoe autonoom is het procesrecht? Studie van enkele raakvlakken tussen materieel recht en gerechtelijk recht”, in M. STORME (ed.) *Procesrecht vandaag*, Antwerpen, Kluwer, 1980, (1), nr. 24 (zie ook R. DE CORTE in *T.P.R.* 1980, 11, nrs. 29 e.v.). Tevens het vlot leesbare en vanuit praktijkervaring opgebouwde overzicht bij A. VAN GELDER, “Hoe geraak ik aan de grond? De sanctieregeling in het gerechtelijk recht”, in H. GEINGER (ed.), *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, Antwerpen, Kluwer, 1984, (15), 22, nrs. 15 e.v. Vooral de twee laatstgenoemde bijdragen maken – volgens mij en soms tegen de stellingen van De Corte en Van Gelder in – duidelijk dat er (vaak zij het niet altijd) een onontkoombare band bestaat tussen zogezegd zuivere ontvankelijkheids- en procedurevragen en het materieel recht.

53. Bv. omdat de eis niet voldoende gesubstantieerd is, zoals in sommige situaties van in den beginne, als ontvankelijkheidsvoorwaarde, vereist wordt (bv. inzake vorderingen wegens beweerde *securities fraud*).

geldt⁵⁴. Meer algemeen wordt in België via de conclusies en pleidooien tegelijkertijd het debat over ontvankelijkheid en de grond van de zaak gevoerd en het is doorgaans pas nadat ook het ganse debat ten gronde gevoerd is dat de zaak in beraad wordt genomen en over ontvankelijkheid van de vordering wordt beslist. De rechter is dus op de hoogte van alle argumenten ten gronde en kan er ook rekening mee houden wanneer hij in zijn vonnis of arrest over de ontvankelijkheid beslist. Terwijl het onderzoek naar de rechtmatigheid van het belang inderdaad steeds een materieelrechtelijke vraag is, en te maken heeft met de vraag *of* iemand iets kan vorderen en niet of hij het op de juiste *manier* vordert⁵⁵ – ook al heeft ze misschien niet altijd betrekking op de inroepbaarheid van een subjectief recht – kan het geen kwaad dit onderzoek op artikel 17 Ger.W. te steunen, aangezien er geen duidelijk onderscheid tussen materieelrechtelijke vragen en ontvankelijkheidsvragen bestaat, al helemaal niet in die zin dat alleen procedurele excepties en niet excepties die op het *ius agendi* slaan op artikel 17 Ger.W. gesteund zouden kunnen worden.

Ten slotte mag men niet uit het oog verliezen dat onontvankelijkheid wegens gebrek aan het vereiste belang een sanctie is die niet gericht is tegen “onwaardige pleiters”, maar wel tegen vorderingen of onderdelen ervan. Het is niet noodzakelijk alle vorderingen die een bepaalde partij inleedt in een bepaald geschil ontvankelijk dan wel ontoelaatbaar te verklaren wegens gebrek aan belang. Het is daarentegen perfect mogelijk te differentiëren tussen de vorderingen, en zelfs één welbepaalde vordering, bijvoorbeeld tot schadevergoeding, als dusdanig ontvankelijk te verklaren, behalve *in zoverre* zij strekt tot het behoud van een onrechtmatig voordeel. Er kan geen twijfel over bestaan dat men om dat resultaat te bereiken vaak al over de grond van de zaak zal moeten oordelen – ons pleidooi voor het inroepen van artikel 17 Ger.W. om de rechtmatig belangtoetsing te funderen heeft niks te maken met blindheid voor het feit dat dit wel degelijk tot beoordeling van de grond onder het mom van ontvankelijkheidsbeoordeling leidt – maar zoals gezegd zien wij daar de geva-

ren niet van in, terwijl het niet mogelijk lijkt deze rechtmatig belangtoetsing te steunen op artikel 1382 B.W. in alle gevallen waar zij wenselijk is⁵⁶.

11. Toch zien we een aantal potentiële problemen met het baseren van de rechtmatigheidstoetsing op artikel 17 Ger.W.

Een eerste probleem, dat evenwel grotendeels fictief blijkt te zijn, zou kunnen voortvloeien uit het feit dat rechters wellicht vaak reeds aan het begin van het proces een onderzoeksmaatregel bevelen. Nadat zulke maatregel bevolen is kan niemand – zo zou men kunnen denken – nog de onontvankelijkheid opwerpen, aangezien dat in strijd zou zijn met het feit dat de onderzoeksmaatregel bevolen is, hetgeen niet mogelijk zou zijn geweest als de rechter de vordering ontoelaatbaar zou geacht hebben. Die gedachte is evenwel verkeerd. Onderzoeksmaatregelen zullen normaal gezien als maatregelen alvorens recht te doen (art. 19 tweede lid Ger.W.) moeten beschouwd worden. Welnu, aan het vonnis dat dergelijke maatregelen beveelt kleeft geen gezag van gewijsde (vgl. art. 24 Ger.W.), zodat het geen oordeel over de grond van de zaak noch over de ontvankelijkheid van de vordering impliceert⁵⁷. Wanneer een verweerder dus pas nadat dergelijke onderzoeksmaatregel bevolen is, op de hoogte raakt van de feiten die voor hem duidelijk maken dat de eiser geen rechtmatig belang heeft⁵⁸, kan hij dit gebrek aan rechtmatig belang nog steeds opwerpen om de vordering onontvankelijk te horen verklaren. Nu de verweerder die onontvankelijkheid niet vóór de onderzoeksmaatregel moet opwerpen, hoeft hij de rechter ook niet te verleiden tot een uitgebreid toelaatbaarheidsonderzoek alvorens die de onderzoeksmaatregel kan bevelen.

Het tweede, veel overtuigender bezwaar tegen artikel 17 Ger.W. als grond voor rechtmatigheidstoetsing is dat dit artikel enkel bruikbaar is om vorderingen (inclusief tussen- en tegenvorderingen) af te weren, maar wellicht niet kan gebruikt worden om een verweer dat niet als vordering is geformuleerd, af te wimpelen. Een voorbeeld dat dit punt verduidelijkt geven we in randnummer 21.

⁵⁴. J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS, *o.c.*, 78, met verwijzing naar het Verslag Van Reepinghen, waar op p. 347 wordt gesteld dat ontoelaatbaarheidsexcepties in elke stand van het geding kunnen opgeworpen worden. Zie ook G. DE LEVAL, *o.c.*, 52 die van oordeel is dat men naar Belgisch procesrecht mag aannemen dat de “fins de non-recevoir” net zoals in Frankrijk (waar dit uitdrukkelijk bepaald is in art. 123 van de Code de procédure civile) in elke stand van het geding mogen opgeworpen worden. Als voornaamste “fins de non-recevoir”, die hij omschrijft als indicatie van het “défaut de droit d’agir”, noemt hij gebrek aan belang of hoedanigheid en het gezag van gewijsde. Ook B. MAES, *Inleiding tot het burgerlijk procesrecht*, Brugge, die Keure, 2006, 133 maakt, zoals wel meerdere processualisten, een onderscheid tussen excepties in enge zin, zoals nietigheid, onbevoegdheid, samenhang, die eerder procedurele kwesties betreffen en meestal *in limine litis* moeten opgeworpen worden en anderzijds excepties in ruime zin of “middelen van ontoelaatbaarheid van de vordering”, die wijzen op de afwezigheid van een *ius agendi*, en waarvan niet duidelijk is tot wanneer men ze kan opwerpen.

⁵⁵. Voor de juiste rechter, met inachtname van de juiste formaliteiten, ... het gaat dus inderdaad duidelijk niet om een kwestie van procedurele excepties.

⁵⁶. Het antwoord op dit laatste bezwaar kan evident lijken: terwijl men het rechtmatig belang-vereiste in extra-contractuele aangelegenheden via het schadebegrip uit art. 1382 B.W. kan introduceren, kan men dat begrip in contractuele context invoeren via het adagium “*nemo auditur*”. Nog afgezien van het feit dat er zich situaties kunnen voordoen die niet netjes in de contractuele of extra-contractuele sfeer kunnen ingedeeld worden, zijn de volgende randnummers er nu net op gericht onze bezwaren tegen “*nemo auditur*” duidelijk te maken.

⁵⁷. Cass. 4 december 1975, *Pas.* 1976, I, 424; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2^{de} uitg., 2005, 138, nr. 94, met verwijzing naar Brussel 17 juni 1982, *T.B.H.* 1989, 292; Liège 29 maart 2001, *J.L.M.B.* 2004, 1503.

⁵⁸. Die situatie zal zich wellicht regelmatig voordoen: terwijl de bouwheer die zich wil verweren tegen een vordering van de aannemer die betaling van zwartwerk eist, natuurlijk wel weet dat er van zwartwerk sprake is, is weet de dader van een arbeidsongeval, laat staan de overheidinstelling die uitkering doet van vervangingsinkomens in geval van arbeidsongeschiktheid niet noodzakelijk aan het begin van het proces dat het slachtoffer vergoeding vraagt voor het inkomensverlies dat hij tijdens zwartwerkperiodes lijdt.

Een laatste mogelijk praktisch bezwaar tegen artikel 17 Ger.W. als grondslag voor rechtmatigheidstoetsing is het volgende. De ontvankelijkheid van een vordering wordt beoordeeld op het moment dat zij wordt ingeleid. Onder meer de toestand van de eiser op dat moment is doorslaggevend, latere gebeurtenissen hebben geen invloed op de toelaatbaarheid. Dit betekent dat een eiser die op het moment van inleiden van de vordering geen rechtmatig belang heeft, de ontoelaatbaarheidssanctie moet ondergaan, ook al regulariseert hij zijn toestand in de loop van het (soms jaren durende) proces, bijvoorbeeld door een bouwvergunning te verkrijgen voor het gebouw waarvoor hij een onteigeningsvergoeding vordert. In dergelijk geval lijkt het onrechtvaardig de eis nog steeds, bij gebrek aan belang, onontvankelijk te verklaren.

Het is nochtans de vraag of er veel situaties denkbaar zijn waarin er een goede reden bestaat voor iemand om een vordering in te leiden vooraleer hij zich geregulariseerd heeft. Bovendien gebeurt het wellicht zelden dat iemand bij het begin van een proces geen rechtmatig belang heeft en dan door regularisatie wel zo een belang verwerft. De aannemer die geen factuur heeft uitgeschreven, zal tijdens een proces wellicht vaak alsnog een factuur willen opstellen. Maar zijn vordering zou hoe dan ook niet ontoelaatbaar geweest zijn enkel wegens het ontbreken van de factuur, zodat het gesignaleerde “billijkheidsprobleem” bij regularisatie zich helemaal niet zou voordoen.

Deze moeilijkheden zouden niet bestaan als de wetgever niet de historische vergissing had begaan belang en hoedanigheid in artikel 17 Ger.W. als ontvankelijkheidsvereisten voor te stellen, en ze in plaats daarvan correct had benoemd, namelijk als materieelrechtelijke kwesties, maar dergelijke verzuchting is vrij absurd – en kan wellicht alleen gemaakt worden door iemand die geen reputatie als procesrechtsspecialist ambieert – nu we natuurlijk moeten leven en werken met de gebrekkige versie van artikel 17 Ger.W. die ons geschonken is.

5. NEMO AUDITUR ALS BETER ALTERNATIEF VOOR EEN RECHTMATIGHEIDSTOETSING?

13. De vraag rijst dus of de rechtspreuk “*Nemo auditur turpitudinem suam allegans*” geen alternatief zou zijn voor de inlassing in artikel 17 Ger.W. van een rechtmatigheidsvereiste. Misschien zouden op basis van dit adagium, waarvan het Hof van Cassatie geoordeeld heeft dat het geen dwingend toepasbaar algemeen rechtbeginsel is⁵⁹, dezelfde gevolgen kunnen bereikt worden, zonder dat evenwel de vraag naar de rechtmatigheid van het belang van de eiser reeds in de fase van de onontvankelijkheid ter sprake moet komen. Dit zou dan tegemoetkomen aan de bezwaren die door onder meer

⁵⁹. Cass. 29 november 1951, *Arr. Cass.* 1952, 148.

⁶⁰. I. CLAEYS, “*Nemo auditur en in pari causa*: enkele twistpunten” (noot onder Cass. 5 september 1996), *R. Cass.* 1997, 221, nrs. 9 e.v. Zie aldaar voor talrijke verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer waarin de verschillende stellingen worden aangehangen. In voetnoot 3 van die bijdrage vindt men een overzicht van alle belangrijke tijdschriftartikelen over *nemo auditur* en *in pari causa* van WO II tot 1996.

Tussenconclusie

12. Zoals reeds uitgelegd is het verkeerd een rechtmatigheidstoetsing op het concept schade of artikel 1382 B.W. te willen steunen. Bovendien kan men zich, buiten extra-contractuele situaties natuurlijk niet op artikel 1382 B.W. beroepen om het vereiste van rechtmatig belang door te drukken, terwijl het wel degelijk wenselijk is dat het beginsel ook buiten die situaties, bijvoorbeeld in contractuele context, speelt. Artikel 17 Ger.W. biedt daarentegen een algemene grondslag die tegen elke mogelijke vordering kan ingeroepen worden. De vaststelling, die we geenszins willen ontkennen maar net benadrukken, dat het onderzoek naar het bestaan van een rechtmatig belang een onderzoek naar materieelrechtelijke vragen en in die zin naar de grond van de zaak is, is geen valabel argument tegen het inroepen van artikel 17 Ger.W. als rechtsbasis voor de rechtmatigheidstoetsing.

Wel rijzen er twee in vorig randnummer genoemde bezwaren van eerder praktische aard, die helaas wellicht alleen maar verholpen kunnen worden door toe te geven dat onze queeste naar de heilige graal van één allesomvattende grondslag hopeloos is, en dat men in sommige gevallen zijn toevlucht zal moeten nemen tot het nevelachtige *fraus omnia corrumpit* of misschien zelfs het omstreden “*nemo auditur*” om eisen die worden ingesteld door een eiser met onrechtmatig belang, af te wijzen. De volgende randnummers zijn evenwel bedoeld om duidelijk te maken dat *nemo auditur* geen beter maar een slechter alternatief is als hoofdbasis voor het rechtmatigheidsleerstuk. Het verdient naar ons oordeel de voorkeur de rechtmatigheidstoetsing zoveel mogelijk op artikel 17 Ger.W. te baseren, en alleen wanneer het onvermijdelijk is uit te wijken naar *nemo auditur*. We zullen ook argumenteren dat *nemo auditur* in elk geval niet mag ingeroepen worden buiten gevallen waarin een procespartij het behoud van een onrechtmatig voordeel of een wederrechtelijke toestand nastreeft.

Block, Lindemans en Beernaert geuit zijn tegen het binnendoelen van een behandeling van de grond van de zaak in het onderzoek naar het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde.

14. Om die vraag te kunnen beantwoorden, moet eerst de betekenis van *nemo auditur* nader bepaald worden. Zoals I. Claeys duidelijk heeft uiteengezet, bestaan in België drie hoofdpvattingen over de betekenis van deze rechtspreuk⁶⁰.

Volgens een eerste strekking, die wellicht onder advocaten overheerst en waarvan ook sporen te vinden zijn in de cassa-

tierechtspraak⁶¹ en die in elk geval nooit door cassatierechtpraak is tegengesproken, zijn “*nemo auditur*” en “*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*” onderlinge verwisselbare uitdrukkingen, met bijgevolg dezelfde of zeer vergelijkbare betekenissen. Het is niet duidelijk of alle aanhangers van deze visie er zich wel van bewust zijn dat *in pari causa* wel degelijk een zeer duidelijke en vaststaande betekenis heeft. Het adagium is een mildering van de regel dat nietigheid retroactief werkt en tot gevolg heeft dat door partijen bij een nietigverklarde overeenkomst voorheen uitgewisselde prestaties, zoveel als mogelijk teruggegeven moeten worden. *In pari causa* laat een rechter toe om de vordering tot teruggave van reeds geleverde prestaties af te wijzen wanneer een overeenkomst wordt nietigverklaard wegen strijdigheid met de openbare orde (inclusief goede zeden), in het bijzonder wegens een ongeoorloofd voorwerp of ongeoorloofde oorzaak. Dit beginsel dient volgens het Hof van Cassatie ter bescherming van de sociale orde, en is facultatief toe te passen: de rechter zal oordelen of het ter bescherming van de sociale orde opportuun is het beginsel toe te passen⁶². Een arrest van 24 september 1976 heeft elke twijfel weggenomen omtrent het facultatief karakter van “*in pari causa*” en daarnaast de criteria verduidelijkt die de feitenrechter moet hanteren om het adagium al dan niet toe te passen: “hetzij omdat hij van oordeel is dat het aldus aan één van de contractanten toegekende voordeel de preventieve rol van de sanctie van absolute nietigheid (...) in het gedrang zou brengen, hetzij nog omdat hij meent dat de sociale orde vereist dat één van de medecontractanten zwaarder moet worden getroffen”⁶³. De Latijnse tekst van de rechtspreuk doet vermoeden dat zij

alleen kan spelen wanneer beide/alle contractspartijen gedreven werden door ongeoorloofde motieven, maar minstens Hannequart schreef dat “*nemo auditur*” dezelfde betekenis had als *in pari causa*, maar ook kon ingeroepen worden in gevallen waar slechts één van de contractspartijen “immoreel” handelde⁶⁴. Die visie lijkt ons goed verenigbaar met de beleidsmatige optiek die het cassatiearrest uit 1976 geschetst heeft, en met de regel dat een overeenkomst ook nietig kan verklaard worden wanneer de ongeoorloofde oorzaak niet gemeen is aan de contractspartijen⁶⁵. Meer zelfs, het zal zelden opportuun zijn een eis tot teruggave na nietigverklaring af te wijzen (mede) ten voordele van diegene bij wie een ongeoorloofde oorzaak in de zin van determinerende beweegreden om de overeenkomst aan te gaan, voorzat.

Volgens een tweede opvatting, in de rechtsleer wellicht de meerderheidsopvatting⁶⁶, strekt *nemo auditur* ertoe de rechter te *verplichten* een vordering tot uitvoering van een met de openbare orde strijdige overeenkomst, af te wijzen⁶⁷. Een vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst strijdig met de openbare orde zou volgens deze strekking daarentegen niet *kunnen* afgewezen worden op basis van dit adagium. De basisgedachte bij deze strekking is duidelijk dat een overeenkomst in strijd met de openbare orde zo weinig mogelijk rechtsgevolgen mag krijgen.

Een cassatiearrest van 5 september 1996 lijkt echter beslist te hebben dat ook *nemo auditur* facultatief moet toegepast worden; dit mag men redelijkerwijze afleiden uit het feit dat het Hof dezelfde bewoordingen gebruikt die het in het arrest uit 1976 gebruikte om ondubbelzinnig te kennen te geven dat *in pari causa* facultatief toepasbaar is⁶⁸. Het onderdeel van

61. In meerdere arresten, waaronder Cass. 5 september 1996, *R. Cass.* 1997, 224 noemt het Hof de twee beginselen in één adem en past het dezelfde regels op hen toe.

62. Cass. 8 december 1966, *Arr. Cass.* 1967, 450, *R.W.* 1967-68, 397, *R.C.J.B.* 1967, 5, concl. proc.-gen. Hayoit de Termicourt, noot J. DABIN. Het Hof overwoog: “de rechter heeft kunnen oordelen dat de bescherming van de sociale orde de verwerping vereiste van de eis tot terugvordering van de prestaties door de eiser verricht ingevolge de immorele overeenkomsten”.

63. Cass. 24 september 1976, *Arr. Cass.* 1977 en *R.W.* 1976-77, 2269.

64. Y. HANNEQUART, noot onder Brussel 10 juli 1957, *J.T.* 1958, 24. In dezelfde zin bv. Rb. Brussel 30 november 1992, *T.B.B.R.* 1992, 72; P. WÉRY, “Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques” (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *R.C.J.B.* 2003, stelt dat er geen twijfel over kan bestaan dat *in pari causa* ook en zelfs vooral geldt wanneer slechts één van de partijen door een ongeoorloofde beweegreden gedreven wordt. Gelijkaardig R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen”, *T.P.R.* 1994, 427, nr. 164.

65. Cass. 12 oktober 2000, *R.W.* 2002-03, 416, noot A. VAN OEVELEN, *R.C.J.B.* 2003, 74, noot P. WÉRY en Cass. 7 oktober 2004, A.R. C.03.0144.F. (BTW-carroussel), www.cass.be. Daar wordt ook duidelijk gemaakt dat de regel ook geldt als één van de partijen niet wist dat de andere door een ongeoorloofde oorzaak gedreven werd.

66. Zie onder meer P. VAN OMMESLAGHE, *Cours de droit des obligations*, ULB, 1994, 132 en “Examen de jurisprudence. Les obligations (1969-1973)”, *R.C.J.B.* 1975, 466; B. DE TEMMERMAN, in R. KRUIHOF e.a., “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)”, *T.P.R.* 1994, 423-430.

67. Hetzelfde geldt, als men deze strekking bijtreedt, voor een vordering tot ontbinding, of tot contractuele schadevergoeding gebaseerd op dergelijke overeenkomst. Dergelijke vorderingen komen immers overeen met de gedeeltelijke uitvoering van de overeenkomst.

68. Nl. dat *nemo auditur* geen verbindende regel bevat. I. Claeys heeft er o.i. terecht op gewezen dat dit cassatiearrest niet zo mag opgevat worden, als zou het slechts een bevestiging zijn van de reeds eerder aangenomen en nog steeds geldende regel dat *in pari causa* en *nemo auditur* geen algemene rechtsbeginselen zijn en bijgevolg niet zelfstandig de basis van een cassatiemiddel kunnen zijn (Cass. 29 november 1951, *Arr. Cass.* 1952, 148). I. CLAEYS, “*Nemo auditur* en *in pari causa*: enkele twistpunten”, *R. Cass.* 1997, 220, nr. 5. Een cassatiearrest van 2 december 2000, dat ook soms wordt aangehaald als steun voor de stelling dat “*nemo auditur*” facultatief mag toegepast worden, heeft o.i. niks anders gezegd dan het geciteerde arrest uit 1951 nl. “l’expression *nemo auditur suam turpitudinem allegans* constitue un adage, mais pas un principe général du droit. La violation d’un tel adage ne peut entraîner la cassation que si la disposition légale ou réglementaire par laquelle il est consacré est violée” (= tekst van het kopje in de “Sommaires de jurisprudence” van *J.T.* 2003, 840, nr. 03-147). Zie www.cass.be of *C.D.P.K.* 2003, 232, noot P. POPELIER voor de volledige tekst. Toegegeven moet worden dat de bewoordingen van het arrest van 5 september 1996, in isolatie gelezen, ook zo kunnen opgevat worden dat aan *nemo auditur* helemaal geen verbindende kracht toekomt, in die zin dat het geen deel van ons recht zou zijn. Dat is evenwel een interpretatie die nagenoeg zeker verworpen moet worden, nu dat arrest tegelijk *in pari causa* sloeg, en men er toch bezwaarlijk aan kan twijfelen dat die laatste rechtspreuk wel degelijk deel uitmaakt van ons positieve recht en in die zin verbindend is dat zij rechters wel degelijk toelaat af te wijken van onder meer art. 1131 en 1133 B.W. door rechtsgevolgen te geven aan overeenkomsten die nochtans nietig zijn wegens strijdigheid met de openbare orde, nl. door zoals gezegd teruggave van reeds geleverde prestaties af te wijzen. Wél zullen we zo dadelijk argumenteren dat *nemo auditur* geen zelfstandig *nut* heeft in ons rechtstelsel.

deze tweede strekking dat inhoudt dat de rechter verplicht zou zijn de vordering tot uitvoering in natura af te wijzen, lijkt dus niet meer actueel⁶⁹, maar voor het overige blijft zij verdedigbaar.

Wel kan men zich afvragen wat, in deze opvatting, de toegevoegde waarde van het adagium is. Reeds uit de artikelen 6, 1131⁷⁰ en 1133 B.W. volgt, zo wordt van oudsher aangenomen, dat een overeenkomst die strijdig is met de openbare orde, geen enkel rechtsgevolg mag hebben. *Nemo auditur* heeft men daarvoor niet nodig. Dat adagium is net zoals *in pari causa* enkel nuttig indien men bereid is om, omgekeerd, de gevolgen van een nietigverklaring te verzachten. Het lijkt erop dat de aanhangers van deze strekking via hun invulling van het adagium, het van elke praktische betekenis willen beroven.

15. Volgens een derde interpretatie laat *nemo auditur* aan een rechter *facultatief* toe om niet alleen een vordering tot uitvoering van een overeenkomst die strijdt met de openbare orde af te wijzen⁷¹, maar zelfs om een vordering tot nietigverklaring van dergelijke overeenkomst af te wijzen, omdat dit een onterecht voordeel aan de eiser zou bezorgen. De criteria die de rechter dan moeten leiden bij zijn beslissing zijn dan (wellicht) dezelfde als deze die het Hof van Cassatie in zijn arrest uit 1976 meegaf omtrent de facultatieve toepassing van *in pari causa*. Deze strekking, waarvan W. Van Gerven de meest eloquente verdediger is⁷², gaat uit van een nog ruimer beginsel, dat aan zowel *in pari causa* als *nemo auditur* ten grondslag zou liggen, namelijk dat de toegang tot de rechtbank moet ontzegd worden aan onwaardige pleiters (in de zin van pleiters die een onwaardige vordering verdedigen; de band met art. 17 Ger.W. is duidelijk).

Deze opvatting lijkt ons té veel beleidsruimte te geven aan de rechter, moeilijk verenigbaar met het positieve recht, en overbodig. Het bezwaar tegen die ruimste opvatting over *nemo auditur* kan weliswaar niet gelegen zijn in de loutere vaststelling dat zij een afwijking van artikel 1131 B.W. inhoudt. Vooreerst niet omdat *in pari causa*, waarvan de gelding wel niet betwist wordt, zonneklaar ook een afwijking van artikel 1131 B.W. is. Ten tweede niet omdat, zoals gezegd, uit het cassatiearrest van 5 september 1996 wel mag afgeleid worden dat *nemo auditur* facultatief toe te passen is, en het intern tegenstrijdig is dit enerzijds aan te nemen, en tegelijk te oordelen dat artikel 1131 B.W. in alle gevallen van strijdigheid met de openbare orde tot verplichte nietigverklaring en afwijzing van een vordering tot uitvoering moet leiden.

Een bezwaar tegen de ruime opvatting van *nemo auditur* dat wel overtuigend lijkt is dat zij *meer dan nodig en wenselijk is* afbreuk doet aan het beginsel waarvan artikel 1131 B.W. een uitdrukking is. Terwijl we wel begrijpen waarom het wenselijk kan zijn op – toegegeven: vage – billijkheidsgronden *in pari causa* toe te passen om te verhinderen dat iemand een voordeel haalt/behoudt uit de nietigverklaring van een overeenkomst die tegen de openbare orde indruist (waardoor de uitvoering van die overeenkomst eigenlijk ten dele wordt gesanctioneerd⁷³) zien we niet in welk billijkheidssoogmerk gediend wordt met het laten voortbestaan van een dergelijke overeenkomst⁷⁴.

Positiefrechtelijk lijkt het afwijzen van een nietigheidsvordering voor dergelijke overeenkomst strijdig met de vrij algemeen aanvaarde opvatting dat ook diegene die zelf schuld heeft aan de nietigheid van een overeenkomst, die

⁶⁹ Dit wordt betwist door P. WÉRY, *l.c.*, 107, voetnoot 153, die toegeeft dat de bewoordingen van het arrest van 5 september 1996 tot de conclusie kunnen leiden dat “*nemo auditur*” facultatief en niet verplicht moet toegepast worden, maar meent dat die interpretatie niet correct kan zijn. Hoewel we niemand hebben gevonden die het zo expliciet schrijft, wordt zijn mening ongetwijfeld door anderen gedeeld.

⁷⁰ “Een verbintenis, aangegaan zonder oorzaak of uit een valse oorzaak of uit een ongeoorloofde oorzaak, kan geen gevolg hebben”. Dit artikel heeft weliswaar enkel betrekking op het oorzaakvereiste, maar het wordt traditioneel, samen met art. 6 en 1133 B.W., ingeroepen als basis voor het beginsel dat een overeenkomst strijdig met de openbare orde geen enkel rechtsgevolg kan hebben.

⁷¹ Ik herhaal: facultatief. Volgens deze strekking kan dus wel degelijk gevolg gegeven worden aan een overeenkomst in strijd met de openbare orde, door een vordering tot uitvoering toch in te willigen.

⁷² W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, Brussel, E.Story-Scientia, ed. 1987, 424 en recent in zijn *Verbintenissenrecht*, Acco, Leuven, 2006, 151-52. Zie verder onder meer E. DIRIX, noot onder Rb. Hasselt 23 april 1979, *R.W.* 1979-80, 2938 en ook reeds J. DABIN, noot onder Cass. 8 december 1966, *R.C.J.B.* 1967, 37.

⁷³ R. KRUIHOF, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1974-1980)”, *T.P.R.* 1983, nr. 86 – ook al moet met B. DE TEMMERMAN in R. KRUIHOF e.a., “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)”, *T.P.R.* 1994, 425, nr. 162 kritisch opgemerkt worden dat in *pari causa* strikt geïnterpreteerd enkel toelaat om de teruggave te verhinderen van hetgeen reeds gepresteerd werd, en de rechter niet de mogelijkheid geeft om uitvoering af te dwingen van een nietige overeenkomst.

⁷⁴ Er zijn gevallen denkbaar (zie voorbeeld zo dadelijk) waarbij een overeenkomst in strijd is met de openbare orde, maar één van de partijen daarbij volledig onschuldig is, zodat het billijkheidsgevoel lijkt te eisen dat die onschuldige partij de uitvoering van de overeenkomst kan vorderen, teneinde het verwachte voordeel binnen te rijven, en aan de schuldige partij niet wordt toegelaten zich tegen die vordering te verzetten door de strijdigheid met de openbare orde op te werpen of bij wijze van tegenvordering de nietigheid van de overeenkomst te eisen. Dergelijke gevallen kunnen evenwel beter opgelost worden door de onschuldige partij schadevergoeding te laten vorderen voor het feit dat zij het voordeel uit de overeenkomst niet behaald heeft, eerder dan een toestand in strijd met de openbare orde te laten voortduren. Neem het fictieve geval van een bank die een klant overhaalt om elke maand een bepaalde transactie op de effectenmarkten te laten uitvoeren. De klant is zeer gelukkig met de winsten. Hij is zich van geen kwaad bewust, terwijl de bank van in den beginne weet dat dit soort effectentransacties strijdig is met een regel van openbare orde. Volgens het contract met de klant moest de transactie 15 maal, gespreid over 15 maanden, uitgevoerd worden. De zesde maand gebeurt er geen uitvoering. De klant eist die. De bank weigert, met het argument dat zij door de transacties uit te voeren, de wet schendt. Dit verweer moet ingewilligd worden, maar men moet de klant wel toelaten om schadevergoeding te vragen van de bank, ook al vloeit zijn schade voort uit een onrechtmatig contract. Die schadevergoedingsclaim streeft niet het behoud van het contract en dus niet het behoud van een wederrechtelijke toestand na, en streeft ook geen onrechtmatig voordeel na, want er wordt geen uitvoering in natura gevraagd, wel schadevergoeding vanwege de bank die hem had voorgespiegeld dat hij bepaalde voordelen zou realiseren.

nietigheid kan vorderen. Dat laatste beginsel werd erkend in een cassatiearrest van 19 mei 1961⁷⁵, en is sindsdien niet ernstig gecontesteerd, ook al mag met een verdediger van de ruime opvatting van *nemo auditur* opgemerkt worden dat dat cassatiearrest dateert van voor het arrest uit 1966 waarmee het facultatief karakter van *in pari causa* bevestigd werd⁷⁶. Vooral echter geeft die ruime interpretatie van *nemo auditur* zoveel discretionaire bevoegdheid aan de rechter (het naar voor geschoven ultieme criterium is of de eiser recht in zijn schoenen staat) dat dit onverenigbaar wordt met precies de cassatiearresten van (onder meer) 2 april 1998 en 2 maart 2006 die nu net benadrukken dat een eiser alleen dan geen rechtmatig belang in de zin van artikel 17 Ger.W. heeft wanneer hij met zijn vordering het behoud van een onrechtmatige toestand of een onrechtmatig voordeel nastreeft. Men ziet overigens niet in hoe iemand die de nietigverklaring van een overeenkomst vordert, met die nietigverklaring het behoud van een onrechtmatig voordeel of onrechtmatige toestand zou kunnen nastreven⁷⁷. Bovendien en anderzijds is de toepassing van *nemo auditur* minstens facultatief. Dit betekent dat, minstens theoretisch, een rechter zou kunnen oordelen dat zelfs iemand die het behoud van een onrechtmatig voordeel nastreeft, tot de rechtbank kan toegelaten worden. Dat kan niet de bedoeling zijn.

16. Beter dan rechters toe te laten onwaardige vorderingen ongegrond te verklaren op basis van een naar betekenis erg gecontesteerd adagium als *nemo auditur*, waarvan de toepassing vrij zou staan aan de rechter en dat bovendien niet als cassatiemiddel kan aangewend worden, lijkt het ons beter om zoals ook het Hof van Cassatie in sommige gevallen gedaan heeft, de problematiek zoveel als mogelijk vanuit artikel 17 Ger.W. te benaderen⁷⁸. Dat betekent ook dat volgens ons voortaan geen ruimte mag blijven voor de toepassing van *nemo auditur* buiten de gevallen die ook gevat worden door de rechtspraak inzake rechtmatig belang in de zin van artikel 17 Ger.W. Het betekent ook dat een rechter *verplicht* is een vordering onontvankelijk te verklaren wanneer hij vaststelt dat een eiser het behoud van een onrechtmatig voordeel nastreeft. Het betekent verder dat de schending van een belang ook wanneer dat belang “onrechtmatig was”, schade oplevert, maar dat de vordering tot vergoeding van die schade op grond van artikel 17 Ger.W.⁷⁹ moet afgewezen worden. *In pari causa* daarentegen heeft wel een zelfstandig bestaanrecht⁸⁰: na de verplichte nietigverklaring van een overeenkomst in strijd met de openbare orde, kan de rechter het behoud van onrechtmatige voordelen voorkomen door teruggave te weigeren van hetgeen reeds gepresteerd werd.

6. TOEPASSING VAN HET CONCEPT “BEHOUD VAN ONRECHTMATIG VOORDEEL OF ONRECHTMATIGE TOESTAND” OP CONCRETE SITUATIES, IN HET BIJZONDER ZWARTWERK⁸¹

17. Wanneer we dan van bovenstaande opvattingen die door ons wenselijk geacht worden, maar die (nog?) niet door het Hof van Cassatie zijn erkend, terugkeren naar het geldend recht, blijft de vaststelling dat feitenrechters nog meer dan eens moeilijkheden zullen ondervinden om de concepten “behoud van een onrechtmatige toestand of een onrechtmatig verworven voordeel”, op concrete situaties toe te passen. Een eenvoudig onderscheid dat al een heel eind op weg kan helpen, is het onderscheid tussen enerzijds zaakschade en aantasting van de fysieke integriteit, waarvoor iemand die zich in een onregelmatige toestand bevindt toch een vergoe-

ding moet kunnen vorderen, en het verlies van financiële voordelen anderzijds, waarvoor men in veel gevallen geen vergoeding zou kunnen vorderen⁸². De vraag is of dit onderscheid, dat zoals gezegd zeker een nuttig hulpmiddel is, niet te weinig subtiel is om alle gevallen correct te vatten. In elk geval lijkt het niet strikt overeen te komen met de bewoordingen van de relevante cassatiearresten. De vordering die ingesteld wordt door het in het zwart tewerkgestelde slachtoffer van een arbeidsongeval dat zijn inkomstenverlies gecompenseerd wil zien, strekt feitelijk gezien niet tot het behoud van een onrechtmatige toestand noch tot behoud van een onrecht-

⁷⁵. Cass. 19 mei 1961, *Pas.* 1961, I, 1008.

⁷⁶. W. VAN GERVEN, *Verbintenisrecht, o.c.*, 142, voetnoot 137.

⁷⁷. Tenzij men louter in het bevrijd worden van een tot dan toe bestaande verbintenis, een onrechtmatig voordeel ziet. Maar die visie laat volgens mijn morele gevoelens het recht al te volledig overwoekeren.

⁷⁸. We moeten deze zin nuanceren: het Hof van Cassatie is natuurlijk niet volledig vrij in het kiezen van een benaderingswijze van een probleem, maar binnen bepaalde grenzen gebonden door de aangevoerde cassatiemiddelen. Wanneer een beroepsarrest een vordering afwijst wegens gebrek aan rechtmatig belang in de zin van art. 17 Ger.W., en het cassatiemiddel de invulling door de appelrechters van art. 17 Ger.W. aanvecht, zal het Hof verbreken wegens schending van art. 17 Ger.W., ook al zou het vinden dat de problematiek beter vanuit art. 1382 B.W. benaderd wordt en de appelrechters hun beslissing beter op art. 1382 B.W. hadden kunnen steunen. Om die reden staat het nog niet vast dat het Hof, zoals ondergetekende nochtans graag zou hebben, “verkiest” de problematiek van rechtmatig belang exclusief vanuit art. 17 Ger.W. te benaderen. Inderdaad heeft het in zijn arrest van 14 mei 2003 de problematiek vanuit art. 1382 B.W. behandeld, precies omdat het cassatiemiddel gericht was tegen de invulling van art. 1382 B.W. door de appelrechters, en dit dus ná het arrest van 2 april 1998, waar het probleem wél vanuit art. 17 Ger.W. aangesneden werd. En dus niet op grond van art. 1382 B.W.

⁷⁹. Aldus terecht W. GELDHOF, “*In pari causa*: een waardevol adagium”, *T.B.B.R.* 2001, 514, met interessante rechtsvergelijkende opmerkingen.

⁸⁰. Wat het zwartwerk betreft, zie nr. 20. In deze noot wordt wel niet diep ingegaan op de praktisch gezien belangrijke implicaties die de fiscale en sociale wetgeving op de problematiek kunnen hebben. Het is er ons enkel om te doen het concept “behoud van een onrechtmatig voordeel” te verduidelijken.

⁸². In die richting E. DIRIX, *Het begrip schade, o.c.*, 70, nr. 102 en D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, deel II, *Schade en schadeloosstelling, o.c.*, 48 en “Een illegaal opgestelde caravan moogt u niet beschadigen”, *T.B.B.R.* 1999, 254.

matig voordeel: noch de tewerkstelling noch het loon is onregelmatig; wel onregelmatig is dat op het loon geen belasting betaald wordt en geen RSZ-inhoudingen gebeuren. Als men aan het schadevergoedingsrecht geen bestraffende functie wil geven, zou dergelijk slachtoffer wel degelijk schadevergoeding moeten kunnen vorderen voor het inkomstenverlies dat hij met het zwartwerk heeft geleden – hij heeft overigens en daarenboven de kans verloren om in het wit te werken. Alleen zou bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding rekening moeten gehouden worden met het feit dat op loon belastingen moeten betaald worden⁸³, zodat alleen vergoeding voor het nettoloon zou kunnen gevorderd worden. Dit lijkt ook de kritiek van Kirkpatrick⁸⁴ te zijn op het *zwartwerkers*-arrest van 14 mei 2003, dat “en règle”⁸⁵ aan het slachtoffer elke aanspraak op vergoeding voor verlies van het inkomen uit zwartwerk ontzegt, net zoals men dat evidentierwijze zou doen tegenover een dief die schadevergoeding eist omdat een geplande roof niet kon doorgaan omdat hij de dag tevoren op foutieve wijze overhoop gereden was door een derde. Op die manier kan het rechtmatig belang – criterium uitlopen op een financiële bestraffing van het slachtoffer via het schadevergoedingsrecht.

18. Enkele in de rechtsleer steeds weer geciteerde gevallen⁸⁶ kunnen de moeilijkheden verder illustreren.

De vrachtwagen van een smokkelaar wordt tijdens de smokkel aangereden en de smokkelaar wordt daarbij gewond. De smokkelaar kan vergoeding vorderen voor de aantasting van zijn fysieke integriteit, en volgens de rechter ook voor de schade aan zijn voertuig, ook al werd dat op het moment van de aanrijding aangewend voor illegale activiteiten. Het Hof oordeelde dat die omstandigheid “geen verband met de schade heeft, zonder oorzakelijk verband is met het ongeval en als louter toevallig voorkomt”⁸⁷. Deze motivering overtuigt ons niet, maar in hedendaagse termen had men kunnen zeggen: de smokkelaar streefde met zijn vordering geen behoud van een onrechtmatige toestand na. Tenminste voor zover men aanneemt – en dat is een feitenkwestie – dat de vrachtwagen nog voor andere doeleinden kon gebruikt worden dan smokkel.

In een oud, door Dirix geciteerd Nederlands geval⁸⁸ werd

nochtans geoordeeld dat de eigenaar van een schip dat werd aangevaren, geen schadevergoeding voor het gedwongen stilliggen van het schip kon vorderen, nu het schip werd ingezet voor de collaboratie. Waarin verschilt dit geval van dat van de smokkelaar? M.i. in het feit dat de eiser stilligschade vroeg. Ook de “collaborateur” had, tenzij men het schadevergoedingsrecht voor strafdoeleinden wil gebruiken, schadevergoeding moeten kunnen krijgen voor de schade aan zijn schip. Maar inderdaad niet voor het stilliggen van dat schip, dat zonder het ongeval eerstdaags voor verdere collaboratieactiviteiten zou zijn ingezet; net zoals de smokkelaar geen schadevergoeding had kunnen vorderen voor het feit dat hij zijn vrachtwagen gedurende een aantal nachten niet zou kunnen gebruiken voor zijn smokkel. Daarom komt het ons voor dat wanneer toestellen die alleen kunnen gebruikt worden voor verboden kansspelen, door een fout van een derde vernietigd worden, de eigenaar geen schadevergoeding kan vorderen voor die beschadiging, ook al gaat het louter om zaakschade, aangezien hij daarmee het behoud van een onrechtmatige toestand (organisatie van verboden kansspelen) beoogt⁸⁹. Alle financiële voordelen uit dergelijke uitbating van kansspelen zijn eveneens ongeoorloofd, zodat er geen vergoeding kan gevorderd worden voor het verlies ervan⁹⁰. Wanneer iemand inkomstenverlies lijdt omdat zijn lading smokkelwaar door de fout van een derde vernietigd wordt, zullen rechtbanken, zo mag men aannemen, oordelen dat hij daarvoor geen vergoeding kan vorderen, maar we zijn niet zeker of dit een correcte beslissing zou zijn⁹¹. De handel in de betrokken producten (aangenomen dat de verhandeling van de producten zelf niet strafbaar is en het bv. niet om drugs gaat) is immers niet verboden; wel verboden is het ontduiken van de verschuldigde belastingen erop. Nochtans kan men de oplossing die erin bestaat de smokkelaar elke vergoeding voor verlies van smokkelwaar te ontzeggen, misschien verantwoord met de vaststelling dat de concrete waar waarover het gaat, reeds een grens was overschreden zonder dat de wettelijk verschuldigde rechten betaald waren, zodat deze waar zich in een onrechtmatige toestand bevond, en het vragen van schadevergoeding voor het tenietgaan ervan bijgevolg de instandhouding van een onrechtmatige toestand beoogt.

Oude rechtspraak heeft vorderingen van croupiers wegens

^{83.} En met de fiscale boetes die gelden als men dat loon in het zwart betaalt en dit aan het licht komt.

^{84.} J. KIRKPATRICK, “Lorsqu’un délit a causé une incapacité de travail, la victime peut-elle obtenir la réparation du dommage résultant de la privation de revenus professionnels non déclarés au fisc?” (noot onder Cass. 14 mei 2003), *R.C.J.B.* 2004, (149), nrs. 15 en 17.

^{85.} Het eeuwige voorbehoud van het Hof van Cassatie, dat ergerlijk is nu dat Hof door de doorgaans minimalistische wijze waarop het zijn motiveringsplicht invult geen indicatie geeft over in welke gevallen de regel eventueel niet zou kunnen gelden. Men zal mij niet horen klagen wanneer het *Bundesgerichtshof* in een arrest waarin het zelfs verduidelijkt met welke rechtsleer het van mening verschilt het op zich zeer zinvolle voorbehoud maakt dat er uitzonderingen op een door dat hof geformuleerde regel kunnen zijn. Ons Belgisch Hof verdient wegens gebrek aan motivering een strengere behandeling. De rechtsonderhorige moet daarom de raad gegeven worden in de regel geen rekening te houden met de woorden “en règle” in cassatie-arresten wanneer hij de betekenis van die arresten wil achterhalen.

^{86.} Zie vooral E. DIRIX, *Het begrip schade*, o.c., 69-71; L. DE WILDE, o.c., 198-200; P. VAN LERSBERGHE, “Art. 18 Ger.W.”, in *Artikelsgewijze commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, losbladig, nrs. 5 e.v.

^{87.} Brussel 15 april 1960, *R.G.A.R.* 1961, nr. 6.678. Zie de bespreking bij D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en Schadeloosstelling*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XI, E.Story-Scientia, 1999, 48.

^{88.} Rb. Rotterdam 19 maart 1948, *N.J.* 1948, 797, aangehaald door E. DIRIX, *Het begrip schade*, o.c., 69.

^{89.} Vgl. Rb. Turnhout 11 april 1988, *T.B.B.R.* 1989, 273 (vernietiging gokautomaten door brand).

^{90.} Vgl. Brussel 22 januari 1930, *R.G.A.R.* 1930, nr. 616, noot O. MALTER.

^{91.} Zelfs niet in die situaties waar de burgerlijke overtreding (bv. geen douanerechten betalen) strafrechtelijk met verbeurdverklaring wordt gesanctioneerd.

inkomstenverlies ongegrond verklaard⁹². Dit kon, althans in die tijd, toen het uitbaten van casino's nog strijdig met de openbare orde werd geacht, verdedigd worden. Maar wanneer een barman van dergelijk ongeoorloofd geacht casino inkomstenverlies lijdt, lijkt het ons beter een soort theorie van het rechtmatig alternatief toe te passen: terwijl er voor een croupier geen andere mogelijkheid bestaat dan, zolang hij dat beroep blijft uitoefenen, in strijd met de openbare orde te handelen, is de activiteit van barman niet alleen niet essentieel verbonden met de uitbating van het casino en dus met de onrechtmatige toestand, het beroep van barman heeft in abstracto natuurlijk niets oneerbaars en men kan het ook buiten casino's uitoefenen. De casino-barman die zijn functie gedurende een aantal weken niet kan uitoefenen tengevolge van de fout van een derde, moet daarvoor bijgevolg volgens ons ook in een wereld waarin casino's ongeoorloofd geacht worden, schadevergoeding kunnen vragen.

Interessant is ten slotte het geval van de gefailleerde schipper, die zijn schip aan de curator weet te ontfutselen en ermee verdervaat. Het schip wordt vervolgens evenwel, foutief, in beslag genomen. De schipper vraagt schadevergoeding voor het stilliggen van het schip. Zijn vordering wordt evenwel onontvankelijk verklaard, omdat hij schadevergoeding vraagt voor het verlies van een onrechtmatig voordeel⁹³. De oplossing is verdedigbaar, aangezien het schip in ieder geval moest blijven stilliggen in toepassing van de faillissementsregeling, en de schipper dus toch geen economisch voordeel uit het gebruik van het schip had kunnen halen. Hetgeen aannemelijk maakt dat dit een casus is die wél op een correcte manier had kunnen opgelost worden via het schadebegrip en zonder beroep op het concept rechtmatig belang of artikel 17 Ger.W.: de schipper had eigenlijk geen schade geleden.

Veronderstellen we nu even dat het schip bij een ongeoorloofde vaart averij oploopt door de fout van een derde. Kan de schipper dan schadevergoeding vragen, hoewel hij gezien het faillissement eigenlijk het schip niet mocht gebruiken? Wij zouden bevestigend antwoorden, zij het dat die schadevergoeding aan de faillissementsmassa zou moeten toekomen: die schadevergoeding streeft niet het behoud van een onrechtmatig voordeel na, noch het behoud van een onrechtmatige toestand, ook al is de situatie naar aanleiding van een onrechtmatige toestand ontstaan. Wel veronderstellen wij dat bij een strikte toepassing van de equivalentieleer – dus niet gemilderd door de leer van het rechtmatig alternatief⁹⁴ – de schipper een gedeelte van de schade zelf zal moeten dra-

gen, aangezien zij zich niet zou hebben voorgedaan indien hij niet in strijd met de faillissementswetgeving het schip verder was blijven gebruiken.

19. De kans lijkt groot dat het Hof van Cassatie de feitenrechtters wel wat ruimte zal laten om het rechtmatig belangcriterium op een redelijke manier toe te passen. Een man had zonder bouwvergunning een villa in natuurgebied laten optrekken nadat hij de hoeve die daar eerst stond had afgebroken. Er wordt tegen hem opgetreden teneinde de villa te laten afbreken en het goed in zijn oorspronkelijke staat te herstellen. Zijn echtgenote tekent derdenverzet aan tegen het vonnis waarbij de afbraak bevolen wordt. Het hof van beroep te Gent oordeelt evenwel dat de echtgenote geen rechtmatig belang in de zin van artikel 17 Ger.W. heeft om dit derdenverzet aan te tekenen, nu het derdenverzet enkel is ingegeven door de wens een in strijd met de stedenbouwwet opgericht bouwsel in stand te houden. Cassatie weigert te verbreken, met als doorslaggevende overweging “dat het arrest *onaantastbaar in feite* vaststelt dat de vordering van eiseres enkel het behoud beoogt van de wederrechtelijke instandhouding van dat bouwwerk; dat het onderdeel, in zoverre het opkomt tegen die vaststelling, niet ontvankelijk is”⁹⁵. Nu kan men natuurlijk, en terecht, voorhouden dat, aangezien het middel blijkbaar opkwam tegen een feitelijke vaststelling, cassatie niet anders kon dan het afwijzen, toch geloven wij dat net die bereidheid van het Hof van Cassatie om in het middel een aanval tegen een feitelijke vaststelling te lezen, een indicatie kan zijn van de terughoudendheid die het Hof wellicht ook in andere zaken waar het concept rechtmatig belang concreet moet toegepast worden, aan de dag zal leggen.

20. In sommige gevallen van aanneming zal het ongetwijfeld gebeuren dat aannemer en bouwheer in het geheim overeenkomen een deel van de werken in het zwart te laten uitvoeren. Als er dan later betwistingen ontstaan over de betaling van de werken, kan de bouwheer soms het slachtoffer worden van zijn eigen onvoorzichtigheid, in die zin dat hij een deel van de werken in het zwart betaald heeft, en de aannemer daarna nog eens betaling probeert te bekomen door toch een officiële factuur toe te zenden, iets waar de bouwheer zich vaak slechts kan tegen verweren door toe te geven dat er een afspraak over zwartwerk was, en dan te bewijzen dat hij reeds in uitvoering van die afspraak eerder betaald heeft. Aangezien de bouwheer hier niet het behoud van een onrechtmatig voordeel nastreeft, moet dit bewijs toegelaten worden.

⁹². Bv. Brussel 22 januari 1930, *R.G.A.R.* 1930, nr. 616, noot O. MALTER.

⁹³. Gent 11 februari 1956, *R.C.J.B.* 1957, 5, noot J. DABIN.

⁹⁴. Daarover kort W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht, o.c.*, 420, met verwijzingen, o.a. naar de cassatierechtspraak die keer op keer (verkeerde) toepassingen van deze gedachte moet verbreken. Het is nl. niet correct om van een handeling die, zoals ze gesteld is, een fout is (bv. rijden zonder dat men een rijbewijs heeft), een handeling zonder fout te maken, en dan, op basis van de hypothese of vaststelling dat als de handeling niet-foutief was gesteld (“*quid* als de jongeman wel een rijbewijs had?”), er ook schade zou zijn opgetreden (“de jongeman reed netjes in overeenstemming met alle voorschriften, het is de hem aanrijdende dronken chauffeur die het ongeval heeft veroorzaakt”), het causaal verband tussen de fout en schade te ontkennen. Dit leidt tot allerlei vergissingen, zoals het over het hoofd zien dat er in het voorbeeldje wel degelijk een causaal verband bestaat tussen het zich op de weg begeven terwijl men dat niet mag (bij gebrek aan rijbewijs) en de schade.

⁹⁵. Cass. 7 oktober 2003, *T.R.O.S.* 2004, 35, kritische noot D. LINDEMANS.

Wanneer omgekeerd de bouwheer weigert (contant) te betalen, zal er voor de aannemer soms niets anders opzitten dan voor de rechtbanken betaling af te dwingen, ook al heeft hij geen factuur opgesteld. Het is dan duidelijk, zoals gezegd, dat het argument dat een factuur ontbreekt niet voldoende zal zijn om de vordering van de aannemer af te wijzen. Meer succes kan een bouwheer hebben met het argument dat de aannemer betaling verlangt van prestaties die hij in het zwart verricht heeft, en dat hij door betaling te vorderen bijgevolg het behoud van een financiële aanspraak die voortvloeit uit een illegale handeling nastreeft. Wil de bouwheer dergelijke argumentatie ontwikkelen, dan zal hij opnieuw doorgaans gedwongen zijn toe te geven dat hij een zwartwerkafpraak met de aannemer had. De vraag is of in dergelijke omstandigheden, waar beide partijen hebben meegewerkt aan een zwartwerkoperatie en dat ook toegeven, het billijk is de vordering van de aannemer tot betaling volledig af te wijzen. Het hof te Antwerpen oordeelde in een geval van 26 maart 1996 dat betrekking had op zwartwerk in elk geval van niet⁹⁶ en in dezelfde geest bestaat heel wat rechtspraak die na nietigverklaring van een aannemingsovereenkomst wegens strijdigheid met de openbare orde de aannemer toelaat ontvangen betalingen te behouden op basis van *in pari causa* en zelfs betaling te vorderen voor de waarde van reeds geleverde maar nog niet betaalde werken op basis van vermogensverschuiving zonder oorzaak⁹⁷. Hoe dan ook is o.i. noch de overeenkomst van aanneming noch het in uitvoering ervan verrichte werk ongeoorloofd, enkel omdat hij gepaard ging met een zwartwerkafpraak. De rechtbank zou de eis tot betaling moeten inwilligen, voor zover kan bewezen worden wat de overeengekomen prijs was, en moet erover waken dat de eisende aannemer tegelijk verplicht wordt zijn fiscale en RSZ-verplichtingen na te komen. Het cassatiearrest van 14 mei 2003⁹⁸ doet nochtans vermoeden dat het Hof zou oordelen dat wie betaling eist van in het zwart gepresteerd werk, het behoud van een onrechtmatig voordeel nastreeft. Het

arrest betrof weliswaar slechts de vraag of het inkomstenverlies dat iemand lijdt omdat hij niet meer zoals voorheen zwartwerk kan verrichten, een onrechtmatig voordeel was, en dus geen vergoedbare schade in de zin van artikel 1382 B.W. Maar het Hof overwoog ook “que la perception de rémunérations provenant d’un travail au noir constitue, en règle, un avantage illicite dont la perte ne peut donner lieu à réparation”. Het lijkt moeilijk denkbaar dat het Hof enerzijds zou aannemen dat het verlies van inkomsten geen vergoedbare schade in de zin van artikel 1382 B.W. uitmaakt, maar anderzijds dat diezelfde vergoeding wel rechtstreeks in de vorm van de aannemingsprijs kan opgeëist worden⁹⁹. Een dergelijke differentiatie zou wel kunnen doorgevoerd worden door rechters indien men in *nemo auditur* een zeer ruim, facultatief beginsel ziet dat de rechter toelaat zijn billijkheidsgevoel te volgen in gevallen waarin de uitvoering van een overeenkomst waaraan een reukje kleeft wordt gevorderd. We hebben al uiteengezet waarom dergelijke visie op *nemo auditur* ons niet overtuigt (nr. 15).

Wil de bouwheer, omgekeerd, niet toegeven dat hij met de aannemer een zwartwerkafpraak had, dan maakt hij het leven van de rechter die vermoedt hoe de situatie in elkaar zit en van wie de bouwheer verlangt dat hij de vordering tot betaling van de aannemer afwijst, er niet gemakkelijker op, aangezien die rechter zich moeilijk kan baseren op feiten die niet door de partijen worden aangevoerd. De rechter zal dan, tenzij hij erg inventief is, al helemaal niet kunnen motiveren dat de vordering in betaling van de aannemer gericht is op de instandhouding van een illegale toestand, maar zal enkel het ontbreken van de factuur als dusdanig als illegaliteit kunnen vaststellen en moet dan hopen dat zijn wankele en zeker sinds het cassatiearrest van 2 maart 2006 moeilijk houdbare gevolgtrekking, dat die wetschending op zich de vordering onrechtmatig maakt, niet in beroep of cassatie wordt aangevochten.

⁹⁶ R.W. 1996-97, 1100 (fragmentarische weergave): “dat klaarblijkelijk beide partijen hebben samengewerkt in het opmaken van de onregelmatige facturen; dat de *nemo auditur*-regel een facultatieve regel is; dat dit adagium niet hoeft te worden toegepast wanneer de niet-ontvankelijkheid van de vordering zou leiden tot onbillijke gevolgen; dat de dezen beide partijen gelijke schuld hebben aan de “zwarte” betalingen; dat het met het rechtsgevoel niet verzoenbaar is dat op die gronden geïntimeerde in het geheel niet zou dienen te betalen voor leveringen die zij heeft betrokken van appellante”.

⁹⁷ Daarover, met vele verwijzingen, W. GOOSSENS, *Aanneming van werk*, Brugge, die Keure, 2003, 414-416.

⁹⁸ Zie voetnoot 263.

⁹⁹ Inzake loon dat verschuldigd is uit arbeidsovereenkomsten, heeft het Hof van Cassatie nochtans beslist dat, ook al is de wetgeving inzake overuren van openbare orde, in strijd met deze wetgeving met instemming van zowel werknemer als werkgever in het zwart verrichte overuren, toch aanleiding kunnen zijn tot opeisbaar loon: Cass. 9 januari 1984, R.W. 1983-84, 2816; M. DE VOS, “Zwart loon door overeengekomen ontduiken van socialezekerheidsbijdragen: algemene civielrechtelijke en arbeidsrechtelijke aspecten”, in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht* 5, Gent, Mys & Breesch, 1997, 117 e.v. legt uit dat ook zwartwerk met normale loonaanspraken gepaard kan gaan. Hierover ook W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van arbeidsovereenkomsten*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 363 e.v., die op p. 365 wel schrijft dat het moeilijk aanvaardbaar is dat loon verschuldigd is voor arbeid die in strijd met de openbare orde verricht is. Volgens hem had het Hof van Cassatie in het arrest uit 1984 de betrokken overurenwetgeving beter als van dwingend recht gekwalificeerd (zie overigens in die zin Cass. 14 maart 1988, *Pas*. 1988, I, nr. 436), temeer daar vele nietigheden in het arbeidsrecht, inclusief blijkbaar deze gesteund op de overurenreglementering, slechts ten voordele van de werknemer bestaan (zie bv. art. 5 van de Arbeidswet van 16 maart 1971). Dat laatste element, dat tevens door het Hof van Cassatie werd aangehaald, impliceert misschien dat uit het arrest uit 1984 geen conclusies kunnen getrokken worden die geldig zijn buiten het domein van het arbeidsrecht. Meer algemeen kan het arrest uit 1984 wellicht als volgt met dat uit 2003 verzoend worden: in het eerste geval was sprake van een aanspraak van een werknemer tegen zijn werkgever, die gebaseerd was op het feit arbeid ten voordele van de werkgever gepresteerd te hebben (dus: recht op loon) en waarbij de werkgever zeer goed wist wat hij deed, nl. de arbeidsduur- en fiscale wetgeving schenden. In het tweede geval (2003) werd een claim ingesteld, niet tot vergoeding van de geleverde prestaties, maar tot het bekomen van een arbeidsongeschiktheidsuitkering, die bovendien zou moeten uitbetaald worden door een instantie die geen deel had gehad aan de wetsovertreding die er nu net voor een gedeelte in bestond geen bijdragen te hebben betaald ter financiering van dit systeem van vervangingsinkomens.

7. SAMENHANG MET ANDERE LEERSTUKKEN

21. Hoewel perfecte interne consistentie in geen enkel systeem met een omvang en complexiteit als ons rechtstelsysteem haalbaar is, verdient het nastreven van onderlinge samenhang tussen juridische leerstukken toch aanbeveling. In dat verband willen we bij wijze van uitsmijter de aandacht van de lezer trekken op drie punten, die we hier niet verder willen uitwerken:

- a) het vermoeden dat de rechtspraak waarin de criteria “behoud van onrechtmatige toestand of voordeel” geïntroduceerd werden om het rechtmatig belang bij een vordering te beoordelen, inspirerend kan werken voor rechters die moeten oordelen of een overeenkomst nietig moet verklaard worden wegens ongeoorloofd voorwerp of ongeoorloofde oorzaak. Het Hof van Cassatie is die weg trouwens al ingeslaan, door in een arrest van 8 april 1999 te oordelen dat het voorwerp van een overeenkomst slechts dan als ongeoorloofd mag beschouwd worden, wanneer het een onwettige (bedoeld is ongetwijfeld: onrechtmatige) toestand mogelijk maakt of in stand houdt¹⁰⁰;
- b) de vraag in welke mate een deel van die rechtspraak, voor zover zij op onrechtmatige daden (art. 1382 B.W.) betrekking heeft, verenigbaar is/samengelezen moet worden/evenszins verklaard kan worden met dat niet zo eenvoudig begrijpbare en nog moeilijker consequent toepasbare leerstuk, de equivalentie-leer. Neem nu het geval van de in strijd met de stedenbouwwet opgestelde caravan, die door de fout van een derde beschadigd wordt. Het lijkt evident dat de schade zoals zij zich *in concreto* voordoet zich niet zou voorgedaan hebben zonder de fout van de opsteller van de caravan:

had de caravan zich aldaar niet bevonden (en dat hij zich daar bevindt, is het gevolg van een fout), dan had de schade zich niet voorgedaan zoals ze zich heeft voorgedaan¹⁰¹. Het gevolg lijkt gedeelde aansprakelijkheid tussen caravanopsteller en beschadiger van de caravan te moeten zijn¹⁰², tenzij één van beiden met “opzet” gehandeld heeft want dan vervalt volgens een moeilijk interpreteerbaar arrest van het Hof van Cassatie de gedeelde aansprakelijkheid op grond van het beginsel *fraus omnia corrumpit*¹⁰³. Het gevolg is dat de caravaneigenaar, ook al is zijn vordering tot schadevergoeding voor de schade aan zijn caravan niet onontvankelijk nu hij met die vordering niet het behoud van een onrechtmatige toestand beoogt, toch geen volledige schadevergoeding zal krijgen¹⁰⁴;

- c) de vraag of er een verband bestaat, en zo ja welk, tussen de rechtspraak over onrechtmatig belang en het adagium “*fraus omnia corrumpit*”¹⁰⁵, dat door het Hof van Cassatie als algemeen rechtsbeginsel is erkend¹⁰⁶, maar voor het overige in nevelen gehuld is – wel kan men uit de cassatierechtspraak een ietwat vage definitie distilleren, nl. “het verbod om op arglistige of bedrieglijke wijze schade aan derden te berokkenen of een voordeel voor zichzelf te verwerven of te behouden”¹⁰⁷.

Dat er een potentieel verband is tussen de rechtspraak over rechtmatig belang en die over *fraus omnia corrumpit* wordt geïllustreerd door het reeds aangehaalde cassatiearrest van 6 november 2002¹⁰⁸. Enigszins vereenvoudigd voorgesteld ging het in dit arrest om fraude waarbij de beheersvennootschap van een gemeenschappelijk beleggingsfonds was

¹⁰⁰ Cass. 8 april 1999, *T.B.H.* 1999, 855 en het artikel daarover van I. CLAEYS, “Geen bouwvergunning, verlies van elke rechtsbescherming?”, *ibid.*, p. 840. Zie ook W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 135. Zie over dat arrest en over het verband tussen *nemo auditur*, rechtmatig belang, en de concepten ongeoorloofde oorzaak en voorwerp als technieken om respect voor de openbare orde af te dwingen ook J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorloofde van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *T.B.H.R.* 2004, 301, vooral 309, nrs. 29 e.v. Tevens (een bijdrage vol stellingen waarmee ondergetekende het niet eens is) F. MOURLON-BEERNAERT, “La théorie de l’objet à la lumière de la théorie (moderne) de la cause”, *D.A.O.R.* 2000, 358.

¹⁰¹ Vgl. de gelijkaardige bedenkingen bij H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999)”, *T.P.R.* 2000, 1887, nr. 149.

¹⁰² Cass. 2 april 1936, *Pas.* 1936, I, 209.

¹⁰³ Cass. 6 november 2002, *R.W.* 2002-03, 1629, noot B. WEYTS, “*Fraus omnia corrumpit* in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht: geen aansprakelijkheidsverdeling in geval van opzet”, *J.T.* 2003, 210 en het artikel daarover van J. KIRKPATRICK, “La maxime *fraus omnia corrumpit* et la réparation du dommage causé par un délit intentionnel en concours avec une faute involontaire de la victime”, *J.T.* 2003, 573, *R.C.J.B.* 2004, 267, noot Fr. GLANSBORFF, “Encore à propos de la causalité: le concours entre la faute intentionnelle de l’auteur du dommage et la faute involontaire de la victime”.

¹⁰⁴ De casus lijkt ons goed vergelijkbaar met het geval van de minderjarige bestuurder van een wagen die zich zonder rijbewijs op de openbare weg begeeft en dan door de fout van een derde wordt aangereden: juristen die de equivalentie-leer willen toepassen, zullen toch ook niet beweren dat er geen causaal verband bestaat tussen de fout van de minderjarige (rijden zonder rijbewijs) en zijn schade?

¹⁰⁵ Over dit beginsel zie, naast de bijdragen geciteerd in voetnoot 103, onder meer D. DEVOS, “Propos sur la répression de la fraude en droit privé”, *T.B.H.* 1985, 283; J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé: des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier* “*Fraus omnia corrumpit*”, Brussel, Bruylant, 2000, 1023 p., onder meer 216 e.v.; X. DIEUX, “Développements de la maxime *fraus omnia corrumpit* dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique”, in *Actualités du droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2005, 125.

¹⁰⁶ Onder meer in Cass. 25 oktober 1991, *Pas.* 1992, I, 155 (maar zonder het concept te definiëren); Cass. 3 oktober 1997, *Pas.* 1997, I, 962, waar het Hof ook een definitie gaf nl. dat het principe “suppose l’existence d’une fraude, laquelle implique la volonté malicieuse, la tromperie intentionnelle, la déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain” (zij het *obiter dictum*, in een geval waar de cassatiemiddelen “onontvankelijk” waren).

¹⁰⁷ Misschien zou een preciezere afbakening van het adagium dit evenwel van zijn nut beroven, nl. rechters toelaten soepel te reageren op allerlei situaties waarin een strikte toepassing van het recht strijdt met het billijkheidsgevoel. De goede trouw heeft in contractuele context een vergelijkbare rechtscheppende functie.

¹⁰⁸ Zie voetnoot 103.

opgelicht door een wisselagent in samenwerking met een bankbediende. Het hof van beroep had evenwel vastgesteld dat de beheersvennootschap ook een fout had begaan, namelijk een gebrek aan interne controle, waardoor de fraude mogelijk was gemaakt. De appelrechters beslissen dan ook tot gedeelde aansprakelijkheid van de fraudeurs en de burgerlijke partijen, nl. de beheersvennootschap en de bank¹⁰⁹. Het Hof van Cassatie verbreekt op basis precies van *fraus omnia corrumpit*, dat verhindert dat de dader van een opzettelijk misdrijf dat zijn burgerlijke aansprakelijkheid meebrengt, een reductie omwille van samenlopende fout van het slachtoffer bekommt van de schadevergoeding die aan het slachtoffer verschuldigd is¹¹⁰. Er is een opvallende gelijkennis, qua feiten, tussen deze casus, en die waarbij geoordeeld werd dat een opgelichte verzekeraar wel degelijk een recht-

matig belang heeft om van de oplichter schadevergoeding te krijgen, ook al had hij geen vergunning voor het uitoefenen van zijn verzekeringsactiviteiten. Daar waar men die laatste casus vanuit het concept “rechtmatig belang” en dus artikel 17 Ger.W. heeft/had kunnen oplossen, zou dat in het arrest van 6 november 2002 niet mogelijk geweest zijn: artikel 17 Ger.W. kan wel gebruikt worden om een *eis* tot schadevergoeding (of andere eisen) af te wimpelen, maar niet om het *verweer* (in casu van de fraudeur) ongegrond te verklaren dat men geen schadevergoeding moet betalen – verweer dat in casu ook niet bestreden had kunnen worden via het concept “schade”, aangezien het volledige bedrag waarvoor de beheersvennootschap was opgelicht onmiskenbaar schade was, terwijl de fraudeur uiteraard geen schadevergoeding vroeg, enkel reductie van het door hem te betalen bedrag¹¹¹.

¹⁰⁹. Gezien de zwaardere fout van de fraudeurs werden die veroordeeld tot het dragen van 2/3 van de schade.

¹¹⁰. Deze rechtspraak ligt mooi in de lijn van de arresten die, inzake bedrog als wilsgebrek bij de totstandkoming van de overeenkomst, geoordeeld hebben dat, aangezien bedrog een vorm van opzet vereist, een onzorgvuldigheid van de bedrogene geen afbreuk doet aan diens mogelijkheid om de nietigheid en eventueel schadevergoeding te vorderen (zie vooral Cass. 23 september 1977, *Arr. Cass.* 1978, 107; Cass. 6 oktober 1977, *Arr. Cass.* 1978, 168; Cass. 29 mei 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1201). Anders gezegd, de dwaling van de bedrogene hoeft niet verschoonbaar te zijn. In die cassatiearresten wordt “*fraus omnia corrumpit*” niet vermeld, maar het Openbaar Ministerie wees in zijn conclusies die rechtsspreuk wel aan als grondslag voor de oplossing die in de arresten geconsacreerd werd (concl. E. Krings, *Arr. Cass.* 1978, 112-113). Zie hierover R. KRUIHOF, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1972-1980)”, *T.P.R.* 1983, nrs. 57-58, 559 e.v. Zie de latere bevestigende rechtspraak van feitenrechters bij R. KRUIHOF e.a., “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)”, *T.P.R.* 1994, 350, nr. 125. W. DE BONDT heeft naar aanleiding van die arresten reeds gewezen op het verband tussen de toepassing van het leerstuk inzake wilsgebreken en inzake onrechtmatige daad: W. DE BONDT, “De invloed van de nalatigheid van de bedrogene op de vordering tot nietigverklaring en/of op de vordering tot schadeloosstelling”, *T.P.R.* 1986, 1183, waar de auteur op p. 1195 in navolging van voornamelijk buitenlandse gezaghebbende auteurs toen reeds verdedigde dat in geval van samenloop tussen een opzettelijke fout van de dader en een onvoorzichtigheid van het slachtoffer, het slachtoffer zijn volle schadevergoedingsrecht ex art. 1382 B.W. moest behouden.

¹¹¹. Misschien is dit dan toch een illustratie van een situatie waarin *nemo auditur*, indien het door het Hof van Cassatie als een algemeen rechtsbeginsel erkend ware, goede diensten had kunnen bewijzen, aangezien men niet inziet waarom die rechtsspreuk niet tegen een verweer zou kunnen ingeroepen worden.