

Quant à la seconde branche

Il résulte de la réponse à la première branche du moyen que les mots « délai de grâce » n'ont pas la portée que lui prête le moyen, en cette branche.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de 751,46 EUR envers la partie demanderesse.

(...)

Noot

Bezetting ter bedde of wetsontduikende rechtshandeling? Kanttekeningen bij de ontduiking van de handelshuurwet en de beweerdde subjectieve benadering van het verbod op wetsontduiking

Nicolas Van Damme^{1,2,3}

A. FEITEN⁴

1. Vroegtijdige beëindiging handelshuurovereenkomst wegens persoonlijk gebruik gevolgd door bezetting ter bedde.

– Op 31 maart 2008 sloten Y. (verhuurder, hierna “verhuurder”) en de BVBA Zaio (huurder, hierna: “Zaio”) een handelshuurovereenkomst m.b.t. een pand van Y. (hierna: het “pand”) tegen een huurprijs van 2.250 EUR. De handelshuur begon op 1 april 2008 om te eindigen op 31 maart 2017. Zaio baatte er een leer- en schoenwinkel uit. De overeenkomst verleende Y. het recht om, bij het verstrijken van elke driejarige periode, de huur te beëindigen om in het pand effectief zelf een handel uit te oefenen of die werkelijk te laten uitvoeren door zijn afstammelingen enz., mits hij één jaar vooraf opzegt bij gerechtsdeurwaardersexploot of bij ter post aangetekende brief (art. 3, vijfde lid handelshuurwet). Op 23 maart 2010 zegde Y. per aangetekend schrijven de handelshuur op om zijn zoon in het pand een handelszaak te laten uitbaten. Hierna volgden tussen Y. en de zaakvoerder van Zaio onderhandelingen over de sluiting van een eventuele nieuwe handelshuurovereenkomst. De zaakvoerder van Zaio wilde een nieuwe vennootschap oprichten om in het pand een nieuwe handelszaak uit te baten. Y. was even-

tuel bereid een nieuwe handelshuur te sluiten tegen nieuwe (betere) voorwaarden. De partijen sloten op 31 maart 2011 een “overeenkomst van bezetting ter bedde” voor een periode van 18 maanden (van 1 april 2011 tot 30 september 2012). Enerzijds moest Zaio haar voorraad nog van de hand kunnen doen en was zij nog niet zeker in de toekomst in het pand te blijven. Anderzijds was Y. maar bereid het persoonlijk gebruik van het pand uit te stellen mits een financieel akkoord. De bezetting ter bedde werd verleend tegen een maandelijkse vergoeding van 2.200 EUR. De overeenkomst bepaalde dat Y. zijn goed gedurende die periode niet mocht terugnemen. Per aangetekend schrijven van 11 oktober 2012 bevestigde Y. aan Zaio de van rechtswege beëindiging van de bezetting ter bedde per 30 september 2012. Tegelijkertijd werd Zaio in gebreke gesteld het pand te ontruimen en te verlaten. Op 26 oktober 2012 werd Zaio voor de rechter gedagvaard⁵. Het geschil betreft de kwalificatie van de overeenkomst gesloten na de opzegging van 23 maart 2010. Volgens Zaio moest de overeenkomst als handelshuur worden gekwalificeerd en nam die maar een einde op 31 maart 2020.

^{1.} Doctoraatsassistent, Instituut voor Contractenrecht, KULeuven.

De auteur wenst Decaan Prof. dr. Bernard Tilleman te bedanken voor zijn nuttige opmerkingen bij de nalezing van deze tekst.

^{2.} De auteur kan worden gecontacteerd op: nicolas.vandamme@kuleuven.be.

^{3.} De auteur bereidt een proefschrift voor over rechtsregelontduiking en -ontwijking in het privaatrecht.

^{4.} Op 2 november 2017 velde het Hof van Cassatie (C.16.0461.N) een arrest waarin bevestigd wordt dat een overeenkomst van bezetting ter bedde de uitsluiting van de toepassing van de pachtwet kan verantwoorden zonder enige bedoeling van wetsontduiking wanneer er bijzondere omstandigheden bestaan die die uitsluiting verantwoorden. De bevindingen uit deze noot inzake handelshuur gelden *mutatis mutandis* inzake pacht. De nadruk ligt in deze bijdrage, om redenen van beheersbaarheid en leesbaarheid, echter bij het gebruik van de bezetting ter bedde ter ontwijking van de handelshuurwet.

^{5.} Rb. Brussel (fr.) 3 juni 2014, nr. 2013/9890/A, *onuitg.*, p. 3-6.

B. SITUERING GEANNOTTEERD ARREST IN DE ONTDEUKINGSTHEORIE

2. *Bezetting ter bede toegestaan voor zover geen ontduiking handelshuurwet: bevestiging vereiste subjectieve benadering verbod op wetsontduiking?* In de lijn van zijn eerdere rechtspraak bevestigt het Hof van Cassatie met het geannoteerde arrest dat de “overeenkomst van bezetting ter bede” niet onderworpen is aan de handelshuurwet⁶ voor zover de partijen niet de loutere bedoeling hadden de wet te omzeilen of te ontduiken⁷. In die rechtspraak vinden sommige auteurs bevestiging dat het verbod op wetsontduiking (*fraude de of à la loi, Gesetzesumgehung*), een subjectief element vereist, nl. het ontduikingsopzet⁸. Twee benaderingen kunnen dan worden onderscheiden. Volgens de eerste benadering is het ontduikingsverbod een autonoom correctiemechanisme. De wetsontduiking onderscheidt zich in die opvatting van de geoorloofde wetsontwijking (*évitement de la loi, habilité permise, Gesetzesvermeidung*). Op grond van een subjectief “autonoom ontduikingsverbod” worden handelingen waarbij rechtssubjecten zich buiten de toepassing van een rechtsregel hebben geplaatst (rechtsregelontwijking) toch onderworpen aan de ontweken rechtsregel bij aanwezigheid van ontduikingsopzet. De ontwijking is dan ongeoorloofd en vormt dan een rechtsregelontduiking. Een beroep op andere privaatrechtelijke correctiemechanismen zoals bijvoorbeeld het verbod op rechtsmisbruik, de ongeoorloofde oorzaak of

het beginsel *fraus omnia corrumpit*, zijn in die opvatting onvoldoende. Is men er echter niet in geslaagd zich buiten de toepassingsvoorwaarden van een rechtsregel te plaatsen dan overtreedt men de rechtsregel (*violation, Verletzung*) bij zijn niet-naleving. In dat laatste geval is er dus, bij gebrek aan ontwijking, geen autonoom ontduikingsverbod. Volgens een tweede (ook subjectieve) opvatting is er sprake van ontduiking wanneer de oorzaak van de gestelde rechtshandeling(en) ongeoorloofd is⁹. Ook in die opvatting, hoewel niet autonoom, veronderstelt het subjectief ontduikingsverbod dat de partijen erin geslaagd zijn de rechtsregel te ontwijken. Zo niet volstaat het zich te beroepen op de rechtsregelover-treding.

3. *Bevestiging veronderstelt dat bezetting ter bede als wetsontwijkingsmechanisme kan fungeren én dat het ontduikingsopzet concreet kan worden ingevuld.* Dat de cassatierchtspraak over de bezetting ter bede een subjectieve benadering van het ontduikingsverbod bevestigt, veronderstelt dat de bezetting ter bede als wetsontwijkingsmechanisme kan fungeren (en dus niet louter een wetsovertreding uitmaakt) (C.) én dat het ontduikingsopzet van het ontwijkingsopzet kan worden onderscheiden (D.).

⁶ Wet van 30 april 1951 (BS 10 mei 1951), inwerkingtreding 20 mei 1951.

⁷ Cass. 29 februari 2016, C.14.0496.F., Concl. J. GENICOT, TBO 2017, 135: “Het bestreden vonnis dat oordeelt dat beide partijen, die **geenszins de bedoeling hadden de wet op de handelshuurovereenkomsten te willen omzeilen** en die geen overeenstemming over een nieuwe handelshuurovereenkomst hebben bereikt, (...) verantwoordt met de in het middel weergegeven vermeldingen naar recht zijn beslissing om de overeenkomst van 31 maart 2011 aan te merken als een overeenkomst van bezetting ter bede en niet als een handelshuurovereenkomst” (eigen benadrukking); Cass. 27 juni 1975, RW 1975-76, 606, Arr.Cass. 1975, 1158, RW 1975-76, 605, Pas. 1975, I, p. 1049, Rec.gén.enr.not. 1976, 409 en Rev.not.b. 1977, 588: “Dat het dwingende karakter van de pachtwetgeving de rechter immers niet kan beletten vast te stellen dat de partijen de gemeenschappelijke bedoeling hebben gehad om, tussen erfgenamen mede-eigenaars, in afwachting van de voltooiing van de verrichtingen van vereffening en verdeling, met het oog op een goede verstandhouding en een normale exploitatie van het ouderlijk landbouwbedrijf, en dus **zonder enige gedachte van wetsontduiking**, bepaalde schikkingen te treffen waarbij zekere landbouwgronden voor een betrekkelijk korte overgangperiode in gebruik worden gegeven aan een mede-erfgenaam, tegen een bepaalde vergoeding aan de gemeenschap, zulks ter uitsluiting van elke bedoeling een pachtovereenkomst te doen ontstaan”; Cass. 17 maart 1972, Arr.Cass. 1972, 681, Pas. 1972, I, p. 671: “Overwegende dat uit de vaststellingen van het vonnis blijkt, enerzijds, dat de verweerders zich niet verbonden hebben om eiser het genot van de goederen te doen hebben gedurende een zekere tijd, maar hem slechts de bezetting ter bede van deze goederen hebben toegestaan en zich het recht hebben voorbehouden om op ieder ogenblik over die goederen te kunnen beschikken, en, anderzijds, dat de verweerders een ernstige en belangrijke reden hadden om zich niet te binden voor een zekere tijd en dat er omstandigheden bestonden die de bezetting ter bede wettigden, **zonder enige gedachte van wetsontduiking** (...) dat het vonnis aldus wettelijk beslist dat ten deze geen huur tussen partijen werd gesloten” (eigen benadrukking); Cass. 30 april 1971, Pas. 1971, I, p. 781, Arr.Cass. 1971, 847: “Overwegende dat het vonnis soeverein in feite vaststelt, op grond van de bedingen van de overeenkomst en van de omstandigheden waarin deze laatste gesloten werd, **dat de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen is geweest, zonder enige gedachte van wetsontduiking, slechts een recht van bezetting ter bede van het in gebruik gegeven goed tot stand te brengen**, ter uitsluiting van elke huurovereenkomst en meer bepaald van elke handelshuurovereenkomst (...) dat het vonnis, om te beslissen dat de overeenkomst niet als huurovereenkomst dient aangemerkt te worden (...)” (eigen benadrukking). Zie recent nog: Cass. 2 november 2017, C.16.0461.N.: “Wanneer bijzondere omstandigheden voorhanden zijn, waarbij de eigenaar zich bevindt in een wachtsituatie die verantwoordt dat de dwingende bepalingen van de pachtwet niet van toepassing zijn, kunnen de partijen, **zonder enige bedoeling van wetsontduiking**, een overeenkomst van bezetting ter bede sluiten waarbij aan de gebruiker slechts een precair gebruiksrecht wordt toegekend” (eigen benadrukking). Vgl. in Frankrijk: Cass.fr. (com.) 19 februari 1962, Bull.com., I, 1962, nr. 102: “qu’une telle convention [d’occupation précaire] n’est pas interdite par la loi lorsqu’elle est conclue sans fraude (...), que la précarité d’une convention résulte beaucoup plus de sa fragilité que de sa durée effective.”

⁸ J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Brussel, Bruylant, 2000, 489-490, nrs. 231.3 en 231.4; P.A. FORIERS, “Notion de bail et notions voisines” in M. VANWICK-ALEXANDRE (ed.), *Le bail: questions diverses*, Luik, CUP, 1999, (5) 14, nr. 11; C. PARMENTIER, “La volonté des parties” in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 1984, (51) 96-97. In die zin ook, maar kritisch: B. DEVOLDER, “Tussenpersonen bij consumentenkoop”, DCCR 2017, nr. 21.

⁹ Bv. E. DIRIX, “Het invorderen van fiscaal onregelmatige facturen” (noot onder Rb. Hasselt 23 april 1979), RW 1979-80, (2937) 2938, nr. 2; L. JOSSE-RAND, *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, Parijs, Dalloz, 1928, 237-238, nr. 190; H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Parijs, Dalloz, 1927, 25 en 31.

C. BEZETTING TER BEDE ALS WETSONTWIJKINGSMECHANISME

4. *Wetsontwijking veronderstelt dat bezetting ter bede ofwel een sui generis-rechtshandeling is ofwel past binnen het uitzonderingsregime van handelshuurwet.* Bezetting ter bede als wetsontwijkingsmechanisme kan twee vormen aannemen. Ofwel is de bezetting ter bede geen huur en valt het als onbenoemde, *sui generis*-rechtshandeling als dusdanig uit het toepassingsgebied van de handelshuurwet (2.). Ofwel is de bezetting ter bede een huurovereenkomst die onder het uitzonderingsregime van de wet valt en daarom tot de ontwijking van de wet kan leiden (3.). Hiervoor is eerst vereist de bezetting ter bede te definiëren (1.).

1. Begripsomschrijving bezetting ter bede

5. *Terbeschikkingstelling (onroerend) goed tegen betaling tot wederopzeggens toe.* De “bezetting ter bede” (*convention d’occupation précaire, Widerruffliches Nutzungsrecht*) is een overeenkomst waarbij aan iemand (de “bezetter”), tegen betaling van een periodieke vergoeding, een goed ter beschikking wordt gesteld tot wederopzeggens toe¹⁰. Essentieel is dat de partijen (minstens de terbeschikkingsteller) de overeenkomst altijd eenzijdig kunnen opzeggen (mits inachtneming van een redelijke opzegging)¹¹. Die eenzijdige opzegmogelijkheid houdt in dat de bezetting ter bede een *precair* karakter heeft.

De bezetting ter bede wordt wel eens in verband gebracht met het Romeinsrechtelijke *precarium*. Het *precarium* was een soort van gift op grond waarvan de precarist van een grondeigenaar tot wederopzeggens een grond ter exploitatie kreeg¹². Het ging om de tijdelijke terbeschikkingstelling om

niet van een goed¹³. De precarist genoot, in tegenstelling tot de huurder, bezitsbescherming tegen derden (maar niet tegen de grondeigenaar) met het interdict *uti possidetis*¹⁴. De huurder was louter *detentor* van de zaak¹⁵. Daarnaast was het *precarium* geen rechtsverhouding (contract) maar een feit¹⁶. Vanaf het jaar 365 komt hier verandering in. Vanaf dan wordt aangenomen dat het *precarium* ten bezwarende titel inhoudt dat de precarist, omwille van het vergeldend karakter, niet voor zichzelf bezit maar voor een ander (de grondeigenaar). De precarist degradeerde dus van bezitter naar *detentor*¹⁷. Geen onderscheid kon dan nog worden gemaakt tussen precarist en huurder¹⁸.

Naar aanleiding van WO II is de figuur van de bezetting ter bede in Frankrijk terug opgedoken. Aanvankelijk woog voornamelijk de beperkte prijs (die lager was dan een normale huurprijs) door¹⁹. Al snel wogen dan weer de uitzonderlijke (oorlogs)omstandigheden²⁰ en gerechtvaardigde motieven²¹ door ter kwalificatie en ter uitsluiting van de handelshuurwetgeving. De vraag rijst hoe deze overeenkomst van bezetting ter bede vandaag moet worden gekwalificeerd.

2. Bezetting ter bede als onbenoemde, *sui generis* -rechtshandeling?

6. *Handelshuurwet geldt enkel voor huurovereenkomsten: sluiting andere rechtshandelingen als efficiënt wetsontwijkingsmechanisme.* De handelshuurwet is dwingend van toepassing op huurovereenkomsten gesloten voor de uitoefening van een kleinhandel of het bedrijf van een ambachtsman (art. 1). Andere rechtshandelingen (bv. bruik-

¹⁰ V. SAGAERT en L. BELLINCK, “Bezetting ter bede” in E. TERRY, A.L. VERBEKE, H. DE DECKER, G.-L. BALLON, B. TILLEMEN en V. SAGAERT (eds.), *Contractuele clausules. Huur*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (659) 663; I. SNICK en M. SNICK, *Bezetting ter bede*, Gent, Story Publishers, 2010, 15; H. VUYE, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Brugge, die Keure, 1995, 78, nr. 67.

¹¹ V. SAGAERT en L. BELLINCK, “Bezetting ter bede” in E. TERRY, A.L. VERBEKE, H. DE DECKER, G.-L. BALLON, B. TILLEMEN en V. SAGAERT (eds.), *Contractuele clausules. Huur*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (659) 663; J. SWENNEN en M. VANWYNSBERGHE, “Huur van Pop-upshops. Nood aan een nieuw ontpopt huurregime?”, *NJW* 2016, (234) 237, nr. 8; J. HERBOTS, “Over het beleid van de rechter en de wetsontduiking. De creatie van de nieuwe overeenkomst van bezetting ter bede” in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (247) 259, nr. 11.

¹² ULPIANUS, D. 43.26.1: “*Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit patitur. Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit. Et distat a donatione eo quod qui donat sic dat ne recipiat; a qui precario concedit sic dat, quasi tum recepturus cum sibi liberit precarium soluere.*”; G. MOUSOURAKIS, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlijn Heidelberg, 2012, 244; H. VUYE, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Brugge, die Keure, 1995, 76, nr. 64; H.J. ROBY, *An introduction to the study of Justinian’s Digest*, Cambridge, Cambridge University Press, 1884, 84; verslag raadsheer PORIQUET bij Cass.fr. (civ.) 26 juni 1822, S. 1822, (563) 564.

¹³ H.J. ROBY, *An introduction to the study of Justinian’s Digest*, Cambridge, Cambridge University Press, 1884, 84; J. HERBOTS, “Over het beleid van de rechter en de wetsontduiking. De creatie van de nieuwe overeenkomst van bezetting ter bede” in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (247) 251, nr. 3.

¹⁴ L. WAELEKENS, *Civium causa*, Leuven, Acco, 2008, 259-261; H.J. ROBY, *An introduction to the study of Justinian’s Digest*, Cambridge, Cambridge University Press, 1884, 84; verslag raadsheer PORIQUET bij Cass.fr. (civ.) 26 juni 1822, S. 1822, (563) 564.

¹⁵ L. WAELEKENS, *Civium causa*, Leuven, Acco, 2008, 261.

¹⁶ M. KASER, “Zur Geschichte des precarium”, *ZRG-Rom.* 1972, (94) 94, nr. 1.

¹⁷ M. KASER, “Zur Geschichte des precarium”, *ZRG-Rom.* 1972, (94) 94, nr. 1; E. LEVY, “Vom römischen Precarium zur germanischen Landleihe”, *ZRG-Rom.* 1948, (1) 3-4, nr. 3.

¹⁸ M. KASER, “Zur Geschichte des precarium”, *ZRG-Rom.* 1972, (94) 95, nr. 1; E. LEVY, “Vom römischen Precarium zur germanischen Landleihe”, *ZRG-Rom.* 1948, (1) 4-5, nr. 3.

¹⁹ Cass.fr. (com.) 22 oktober 1951, nr. 51-03968.

²⁰ Cass.fr. (com.) 7 mei 1962, *Bull.com.* 1962, I, nr. 238.

²¹ Cass.fr. (com.) 19 februari 1962, *Bull.com.*, I, 1962, nr. 102: “*qu’il résulte de ces circonstances que la convention litigieuse présente un caractère sincère puisqu’elle a été conclue librement en vue de répondre à un intérêt légitime de la société bailleuse.*”

leen, erfpacht, vruchtgebruik, opstal, etc.) vallen dus, zo wordt aangenomen, niet onder het toepassingsgebied van de wet. Kiezen de partijen ervoor om zo'n alternatieve rechtshandeling te sluiten om te ontsnappen aan de toepassing van de handelshuurwet, dan is er eigenlijk sprake van (doelbewuste) wetsontwijking: de rechtshandeling valt buiten de toepassing van de wet²². Hetzelfde geldt bij landpacht ter ontwijking van de dwingende regels van de pachtwet²³.

Volgens de heersende opvatting²⁴ is de bezetting ter bedde geen huur en moet het onderscheid tussen beide rechtshandelingen worden gezocht in de precariteit zelf van de rechtshandeling (a.) en/of in de oorzaak ervan (b.).

a. Precariteit als onderscheidingscriterium?

7. *Bezetting ter bedde als alternatieve rechtshandeling ter ontwijking van de handelshuurwet?* Volgens de heersende opvatting is de bezetting ter bedde, bij gebrek aan verplichting van de terbeschikkingsteller om het (rustig) genot van het goed gedurende een “zekere duurtijd” te verschaffen (en te garanderen), geen huurovereenkomst (art. 1709 en 1719 BW)²⁵. De precariteit is dus, in die opvatting, het te hanteren criterium ter onderscheiding van de huur (*infra*, randnr. 19)²⁶. Als alternatief op de huur zou de bezetting ter bedde dus een efficiënt ontwijkmecanisme kunnen zijn voor de handelshuurwet.

8. *Precariteit bezetting ter bedde (rechtsgevolg) kan niet dienen als onderscheidingscriterium (1): precariteit niet onverenigbaar met huurkwalificatie (precaire duur is ook “een zekere duurtijd”)*. De precariteit van de bezetting ter bedde kan volgens mij echter niet als determinerend onderscheidingscriterium fungeren. De precariteit is immers het rechtsgevolg verbonden aan de kwalificatie als bezetting ter bedde²⁷. Dit gevolg kan dus ook bereikt worden via een gewone huurovereenkomst. De huur van goederen is m.n. het contract waarbij de ene partij (verhuurder) zich ertoe verbindt om de andere (huurder) het genot van een zaak te doen hebben “gedurende een zekere tijd”, en tegen een bepaalde prijs, die de huurder zich verbindt te betalen²⁸. De wettelijke verwijzing naar “een zekere tijd” slaat echter niet op een gegarandeerde huurperiode (d.i. tussen twee specifiek op voorhand bepaalde tijdsintervallen)²⁹. I.t.t. bij erfpacht geldt m.b.t. huur geen minimumduur (art. 2 erfpachtwet legt een minimumduur van 27 jaar op). De “zekere tijd” bij huur slaat enkel op het feit dat er een beginpunt en een eindpunt moet zijn, zodat de huur minstens voor een logische seconde moet zijn aangegaan en hoogstens 99 jaar kan duren (dus niet eeuwigdurend). Het is dus “zeker” dat er een beginpunt en een eindpunt is. Het effectieve eindpunt staat echter niet (per se) vast. Bovendien blijkt uit het geannoteerde arrest dat ook wanneer de overeenkomst de terbeschikkingsteller het recht niet verleent om de overeenkomst eenzijdig op te zeggen en de huurder een vaste tijdsbepaling toekent, dit de kwalifica-

22. J. HERBOTS, “Over het beleid van de rechter en de wetsontduiking. De creatie van de nieuwe overeenkomst van bezetting ter bedde” in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (247) 265, nr. 18; J.H. HERBOTS, “De handelshuurwet. Enkele ontwikkelingen en bedenkingen”, *TPR* 1979, (693) 693, nr. 1. Zie over begrip “rechtsregelontwijking” de leuke bijdrage van L. CORNELIS, “Zonder handen, zonder tanden: alles over rechtsregelontwijking” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (209) 223, nr. 24.

23. N. VERHEYDEN-JEANMART en J.-M. DERMAGNE, “Comment concéder à autrui l’exploitation d’un bien rural sans bail à ferme?”, *JT* 1983, (693) 693.

24. Bv. Cass. 30 april 1971, *Pas.* 1971, I, p. 781, *Arr. Cass.* 1971, 847: “Overwegende dat het vonnis soeverein in feite vaststelt, op grond van de bedingen van de overeenkomst en van de omstandigheden waarin deze laatste gesloten werd, dat de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen is geweest, zonder enige gedachte van wetsontduiking, **slechts een recht van bezetting ter bedde** van het in gebruik gegeven goed tot stand te brengen, **ter uitsluiting van elke huurovereenkomst** en meer bepaald van elke handelshuurovereenkomst (...) dat het vonnis, om te beslissen dat de overeenkomst niet als huurovereenkomst dient aangemerkt te worden (...).” (eigen benadrukking).

25. J. SWENNEN en N. VAN DAMME, “Handelshuur van korte duur”, *TBBR* 2017, (139) 151-152, nr. 25; V. SAGAERT en L. BELLINCK, “Bezetting ter bedde” in E. TERRY, A.L. VERBEKE, H. DE DECKER, G.-L. BALLON, B. TILLEMANN en V. SAGAERT (eds.), *Contractuele clausules. Huur*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (659) 669; B. DEMARSIN, “Bezetting ter bedde” in A. DE BOECK en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Opzegging van handelscontracten*, Gent, Larcier, 2014, (176) 183 *et seq.*, nr. 272; K. VANHOVE, *Handelshuur*, Antwerpen, Intersentia, 110-111, nr. 73; F. LOGGHE, “Bewijs in pachtzaken. Bruiklening en bezetting ter bedde als alternatief voor pacht”, *T.Not.* 2001, (3) 7; J. HERBOTS, “Over het beleid van de rechter en de wetsontduiking. De creatie van de nieuwe overeenkomst van bezetting ter bedde” in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (247) 259, nr. 11; W. VAN GERVEN, “De Amerikaanse hoogleraar Hohfeld († 1917) en het Belgische Hof van Cassatie over overeenkomsten ter bedde”, *RW* 1971-72, (1971) 1971, nr. 1. *Contra*: J. KOLENBERG, “Precare bezetting: versoepeling of ondermijning van de handelshuurwet?”, *RW* 1970-71, (1593) 1601. In *Frankrijk*: F. KENDÉRIAN, “Bail commercial – champ d’application du statut – convention d’occupation précaire – baux dérogatoires: bail d’une durée au plus égale à trois ans. Location à caractère saisonnier”, Fasc. 1255 in *JurisClasseur* [zoals bijgewerkt op 31 oktober 2017], nr. 6; C. ROY-LOUSTAUNAU, “Le contrôle judiciaire de la validité de la convention d’occupation précaire de locaux commerciaux à l’épreuve de la théorie générale des contrats. (A propos de l’arrêt rendu par la 3^e chambre civile, le 28 octobre 1987)”, *D.* 1988, (216) 217-218, nr. 9; J.-P. PIZZO, “La notion de convention d’occupation précaire et son application jurisprudentielle”, *JCP* 1980, nr. 2975, nr. 10.

26. Rb. Brussel 4 maart 2010, *Res Jur. Imm.* 2012, 7; F. KENDÉRIAN, “Bail commercial – champ d’application du statut – convention d’occupation précaire – baux dérogatoires: bail d’une durée au plus égale à trois ans. Location à caractère saisonnier”, Fasc. 1255 in *JurisClasseur* [zoals bijgewerkt op 31 oktober 2017], nr. 6; C. ROY-LOUSTAUNAU, “Le contrôle judiciaire de la validité de la convention d’occupation précaire de locaux commerciaux à l’épreuve de la théorie générale des contrats. (A propos de l’arrêt rendu par la 3^e chambre civile, le 28 octobre 1987)”, *D.* 1988, (216) 217-218, nr. 9.

27. Vgl. N. VAN DAMME, “Erfdienstbaarheden op het openbaar domein in het licht van de zesde staatshervorming: dan toch naar een administratief zake-lijk recht?”, *Jura Falc.* 2013-14, (499) 513: de erfdienstbaarheid op het openbaar domein is precair omdat het gevestigd is op dat openbaar domein en niet omdat het een autonoom bestaan kent. Anders gezegd, de precariteit is het gevolg van het feit dat zij is gevestigd op dat domein. Dit doet geen afbreuk aan het zakenrechtelijke of civielrechtelijke karakter van de erfdienstbaarheid.

28. Art. 1709 BW/C.civ.; vgl. in *Duitsland*: § 535 BGB; in *Nederland*: art. 7:201 NBW; in *Zwitserland*: art. 253 CO; in *EU*: HvJ 18 november 2004, C-284/03, r.o. 19.

29. Vgl. over de “vaste” en “onvaste” tijdsbepaling: M. DE MAN, *De verbintenisrechtelijke tijdsbepaling*, Brugge, die Keure, 2013, 37, nrs. 55 *et seq.*

tie als bezetting ter bedde niet uitsluit. Het is precies op dit punt dat de cassatievoorziening was gericht: de partijen waren *in casu* wel degelijk een “zekere duur” (in de zin van een vaste tijdsbepaling met gegarandeerde genotsduur) van 18 maanden overeengekomen, waarbij uitdrukkelijk voorzien was in de onmogelijkheid voor Y. om de overeenkomst eenzijdig op te zeggen. Gelet op de heersende (quasi unanieme) opvatting vóór de geannoteerde uitspraak van ons hoogste rechtscollege, was er hier geen sprake van een bezetting ter bedde maar van een huurovereenkomst zodat in principe, bij gebrek aan precariteit, geen uitzondering op de handelshuurwet gerechtvaardigd was. De voorziening werd niettemin verworpen.

9. Precariteit bezetting ter bedde (rechtsgevolg) kan niet dienen als onderscheidingscriterium (2): preciaire huur kan worden bedongen. Verder bepalen de contractpartijen bij de huur vrij de duurtijd en opzegmogelijkheden³⁰. Huurovereenkomsten van onbepaalde duur worden geacht te zijn aangegaan per maand. Daarvoor geldt een opzeggingstermijn van één maand (art. 1736 BW). Hiervan kan contractueel worden afgeweken³¹. Bovendien zijn overeenkomsten van onbepaalde duur als precair te beschouwen omdat zij steeds opzegbaar zijn³². Omgekeerd moeten gemeenrechtelijke huurovereenkomsten van bepaalde tijd niet worden opgezegd. Zij eindigen van rechtswege (art. 1737 BW). Ook van deze regel kan worden afgeweken³³. De partijen kunnen overeenkomen dat de verhuurder de huur, net als de bezetting ter bedde, op elk ogenblik kan opzeggen mits inachtneming van een bepaalde (korte, maar redelijke) opzegtermijn. Anders gezegd, de precariteit kan worden bedongen³⁴. Er bestaat m.i. dus geen enkel criterium dat toelaat om huur en bezetting ter bedde te onderscheiden. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor het onderscheid tussen de (handels)huur en de erfpacht (daarbij wordt terecht gewezen op het feit dat de minimumduurtijd van 27 jaar bij erfpacht niet als onderscheidingscriterium kan fungeren en dus enkel een rechtsgevolg betreft van de eerder te maken kwalificatie)³⁵. Het enige onderscheidingscriterium dat geldt is dat de huur een persoonlijk recht en de erfpacht een zakelijk recht doet ontstaan. Voor het overige zijn de partijen in beide gevallen vrij de inhoud van hun overeenkomst te bepalen. De rechter kan en mag dan maar alleen op zoek gaan naar elementen waaruit

de wil van de partijen blijkt om voor het persoonlijke of zakelijke statuut van hun overeenkomst te kiezen.

10. Besluit: bezetting ter bedde kan niet van huur worden onderscheiden op basis van precariteit alléén. Uit wat voorafgaat, kan besloten worden dat de precariteit van de bezetting ter bedde niet als criterium kan fungeren om ze te onderscheiden van de huur. Andere auteurs steunen daarom het onderscheid met de huur op grond van de oorzaak van rechtshandelingen.

b. Oorzaak van de rechtshandeling als onderscheidingscriterium?

11. Uitsluiting bezetting ter bedde van handelshuurwet op grond van haar oorzaak? Uit de rechtspraak³⁶ over de bezetting ter bedde leiden bepaalde auteurs af dat een beroep op de overeenkomst van bezetting ter bedde echter maar gerechtvaardigd is indien de motieven die ten grondslag liggen van de keuze voor een bezetting ter bedde niet alleen geïnspireerd zijn vanuit de wil om de dwingende rechtsregels te ontwijken. Anders gezegd, het bestaan van een overeenkomst van bezetting ter bedde zou staan of vallen met de motieven die ze verantwoordt. Volgens een belangrijk deel van de rechtsleer (gevolgd door een deel van de lagere rechtspraak) moet men voor de kwalificatie van een rechtshandeling als een bezetting ter bedde dus peilen naar de (subjectieve, externe) oorzaak (*cause subjective*) van de rechtshandeling³⁷.

Bestaat de (subjectieve, externe) oorzaak van de rechtshandeling er niet in de wet te ontwijken, dan is er sprake van (geoorloofde) bezetting ter bedde. Deze opvatting sluit aan bij de rechtsleer die het verbod op wetsontduiking beschouwt als een (niet-autonome) toepassing van de leer van de ongeoorloofde oorzaak (*supra*, randnr. 2). Er is dan sprake van wetsontduiking indien de (externe of subjectieve) oorzaak die ten grondslag ligt van de bezetting ter bedde erin bestond de wet te ontwijken. Met deze opvatting denkt men twee vliegen in één klap te slaan. Enerzijds laat dit criterium (schijnbaar) toe een onderscheid te maken tussen huur en bezetting ter bedde naargelang de motieven al dan niet vreemd zijn aan de wil om te ontsnappen aan de toepassing van de handelshuurwet. Anderzijds, laat het toe meteen een

³⁰. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, onuitg. Doctoraatsthesis Rechten Universiteit de Nancy II, 1992, 790-794, nrs. 699-700.

³¹. F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 278, nr. 354.

³². F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 421, nr. 517 en 423, nr. 519.

³³. F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 283, nr. 365.

³⁴. In dezelfde zin: A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique*, Brussel, la Chartre, 2013, 584, nr. 495.

³⁵. V. SAGAERT, “Goederenrecht” in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V. Mechelen, Kluwer, 2014, 562, nr. 697.

³⁶. Cass. 29 februari 2016, C.14.0496.F., Concl. J.M. GENICOT, *TBO* 2017, 135; Cass. 29 mei 1980, *Arr.Cass.* 1980, 1208, *Pas.* 1980, I, p. 1196; Cass. 25 mei 1979, *Arr.Cass.* 1979, 1123; Cass. 27 juni 1975, *RW* 1975-76, 606; Cass. 17 maart 1972, *Pas.* 1972, I, p. 671; Cass. 30 april 1971, *Pas.* 1971, I, p. 781, *Arr.Cass.* 1971, 847. In *Frankrijk*: art. L145-5-1 C.com. (sinds 2014); Cass.fr. (civ.) 19 november 2003, nr. 02-15887, *Bull.civ.* 2003, III, 180, nr. 202; Cass.fr. (civ.) 16 november 2000, nr. 97-13752, *Bull.civ.* 2000, III, 23, nr. 33.

³⁷. Rb. Brugge 26 mei 1999, *TBBR* 2001, 111; V. SAGAERT en L. BELLINCK, *o.c.*, (659) 663-664; J. SWENNEN en M. VANWYNSBERGHE, “Huur van Pop-upshops. Nood aan een nieuw ontpopt huurregime?”, *NJW* 2016, (234) 237, nr. 8; B. DEMARSIN, “Bezetting ter bedde” in A. DE BOECK en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Opzegging van handelscontracten*, Gent, Larcier, 2014, (176) 190, nr. 273; F. LOGGHE, “Bewijs in pachtzaken. Bruiklening en bezetting ter bedde als alternatief voor pacht”, *T.Not.* 2001, (3) 7; J. HERBOTS, “Over het beleid van de rechter en de wetsontduiking. De creatie van de nieuwe overeenkomst van bezetting ter bedde” in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, 267, nr. 20.

verband te leggen met het onduikingsverbod waarnaar het Hof van Cassatie in zijn arresten verwijst.

12. *Oorzaak rechtshandeling kan niet dienen ter onderscheiding: oorzaak bezetting ter bede is identiek met oorzaak preciaire of korte duur handelshuur.* Naar huidig recht neemt men aan dat de (subjectieve of externe) oorzaak van de rechtshandeling waaraan haar geoorloofdheid wordt getoetst, overeenstemt met de determinerende beweegreden(en) voor de sluiting van de rechtshandeling³⁸.

Eerst moet worden opgemerkt dat dit oorzaakbegrip niet kan dienen als onderscheidingscriterium. Bij de sluiting van een overeenkomst van bezetting ter bede als alternatief op de handelshuur is de determinerende beweegreden de *tijdelijke* terbeschikkingstelling van een onroerend goed tegen betaling voor de (tijdelijke) uitbating van een kleinhandel of bedrijf van een ambachtsman. Dit is ook het doel dat de verkeer of onrecht gekwalificeerde bezetting ter bede en dus huurovereenkomst die niet onder de toepassing wil vallen van de handelshuurwet (bv. preciaire of korte duur handelshuur), nastreeft. Beide rechtshandelingen hebben dezelfde (subjectieve of externe) oorzaak³⁹. De kwalificatie van de rechtshandeling als bezetting ter bede is het *middel* waarmee dit doel wordt bereikt. Een onderscheid moet echter worden gemaakt tussen de (subjectieve, externe) oorzaak van rechtshandelingen en het middel of instrument waarmee een

bepaald doel (resultaat) wordt bereikt⁴⁰. Zijn de motieven voor de *keuze* voor een bezetting ter bede (als middel) onafhankelijk van de hoofdzakelijke wil van de partijen om de wet te ontwijken en dus gerechtvaardigd (door andere, reële motieven), dan is er sprake van een (opr)*echte* bezetting ter bede en is zij volgens de heersende opvatting geen huur. Anders gezegd, de oorzaak is bij beide rechtshandelingen identiek, het middel niet. Het is dus op het niveau van het middel dat het ongeoorloofd karakter moet worden gezocht.

Bovendien is de oorzaak van een rechtshandeling maar ongeoorloofd wanneer zij (voor minstens één partij) strijdig is/zijn met de wet, de openbare orde of de goede zeden⁴¹. Neemt men aan dat het ontwijkingsmotief ongeoorloofd is indien zij determinerend is, dan zou er dus – volgens die opvatting – sprake zijn van wetsontduiking. Doorgaans is het ontwijkingsmotief dat achter een rechtshandeling schuilgaat echter niet determinerend: de ontwijking is geen doel op zich maar een middel om een bepaald resultaat te bereiken dat minder belastend (en dus voordeliger) is⁴². De ontwijkingshandeling is een middel om een ander (doorslaggevend) motief (resultaat) te bereiken⁴³. Dit beoogde resultaat kan op zichzelf bezwaarlijk als ongeoorloofd worden beschouwd. De (subjectieve of externe) oorzaak van de als “bezetting ter bede” gekwalificeerde *rechtshandeling* bestaat er dus in principe nooit in de handelshuurwet te ontwijken zelf.

³⁸. Cass. 13 november 1953, *Arr. Cass.* 1954, 167; I. CLAEYS, *Verbintenissenrecht*, Gent, UGent, 2017, 99, nrs. 168-169; F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid”, *TBBR* 2017, (374) 379, nr. 15; P. MALAURIE, L. AYNES en P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Parijs, LGDJ, 2016, 352-353, nr. 609; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 141; F. PEERAER, “Actuele ontwikkelingen inzake de totstandkoming en nietigheid van contracten en contractuele bedingen” in *Themis. Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2014, (45) 48, nr. 11; J. GHESTIN, G. LOISEAU en Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, T. 2, *L’objet et la cause. Les nullités* in *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 2013, 632, nr. 1011; F. TERRÉ, P. SIMLER en Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2013, 415, nr. 366; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2011, 290, nr. 303; P. MALINVAUD en D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Parijs, LexisNexis, 2010, 222, nr. 282; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 103, nr. 143; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Parijs, PUF, 2004, 374-375, nr. 145; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Brussel, Intersentia, 2000, 147, nr. 121; J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 4, Parijs, PUF, 2000, 130, nr. 61; J.A. VAN DAMME, R. KRUIHOF en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Universitas, 1998, 330-331, nr. 356; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD en F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T. II, vol. 1, Parijs, Montchrestien, 1998, 271, nrs. 267 et seq.; H. BOCKEN, *Samenvattende syllabus bij de cursus verbintenissenrecht*, Gent, Universiteit Gent, 1995, 71; W. VAN GERVEN, “Algemeen deel” in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, E.Story-Scientia, 1989, 346-347, nr. 113; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Montchrestien, 1987, 72-73, nrs. 152-153; J.A. VAN DAMME, *Verbintenissenrecht*, Brussel, VUB, 1976, 191, nr. 357; P. VAN OMMESLAGHE, “Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne” (noot onder Cass. 13 november 1969), *RCJB* 1970, (328) 340-341, nr. 8.

³⁹. Vgl. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten Universiteit de Nancy II, 1992, 792-793, nr. 700.

⁴⁰. E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 307-308, nr. 513; J.A. VAN DAMME, *Verbintenissenrecht*, Brussel, VUB, 1976, 149, nr. 276; J. LIMPENS en J.A. VAN DAMME, “Examen de jurisprudence. Les obligations (1953 à 1955)”, *RCJB* 1956, (199) 201, nr. 4.

⁴¹. Art. 1133 BW; art. 1162 C.civ.; Cass. 12 oktober 2000, *RCJB* 2003, 74, noot P. WÉRY; P. WÉRY, “Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques” (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RCJB* 2003, 78-115; H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Parijs, Dalloz, 1927, 31, nr. 7.

⁴². Vgl. F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid”, *TBBR* 2017, (374) 380, nr. 15; F. PEERAER, “Nietigheid op maat: proportionaliteit en werkzaamheid bij partiële nietigheid, reductie en conversie”, *TPR* 2016, 233-234, nr. 55; E. DIRIX, “Het invorderen van fiscaal onregelmatige facturen” (noot onder Rb. Hasselt 23 april 1979), *RW* 1979-80, (2937) 2938, nr. 2; J. VIDAL, *Essai d’une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe “fraus omnia corrumpit”*, Parijs, Dalloz, 1957, 132-133 en 334.

⁴³. J. VIDAL, *Essai d’une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe “fraus omnia corrumpit”*, Parijs, Dalloz, 1957, 132 en 334.

3. Bezetting ter bedde als gerechtvaardigde uitzondering op de handelshuurwet

13. *Bezetting ter bedde als uitgezonderde huurovereenkomst (bail dérogatoire)?* Uit het voorgaande kan ik besluiten dat de bezetting ter bedde niets anders is dan een precair bedongen huur⁴⁴. Wil men in het geannoteerde arrest nog steeds de bevestiging zien van een (autonoom) subjectief ontduikingsverbod, dan moet de bezetting ter bedde nog altijd een wetsontwijkingsmechanisme kunnen zijn. Nadat ik heb aangetoond dat de bezetting ter bedde niet kan onderscheiden worden van de huurovereenkomst, moet de ontwijking van de handelshuurwet dus worden gezocht in zijn uitzonderingsregime. De bezetting ter bedde moet dus, als niet aan de handelshuurwet onderworpen huurovereenkomst, steun vinden in dit uitzonderingsregime om te ontsnappen aan de toepassing van de handelshuurwet.

a. Uitzonderingsregime handelshuurwet en ratio legis

14. *Ratio legis handelshuurwet: stabiliteit en duurzame investeringswaardige uitbating handelszaak (bescherming commerciële eigendom).* De handelshuurwet is dwingend toepasselijk op de (1) huur van (2) onroerende goederen die (3) krachtens een uitdrukkelijk of stilzwijgend akkoord (4) in hoofdzaak gebruikt worden voor de uitoefening van een kleinhandel of voor het bedrijf van een ambachtsman die rechtstreeks in contact staat met het publiek. Aan de handelshuurkwalificatie zijn zeer specifieke, door de handelshuurwet opgelegde rechtsgevolgen verbonden door de (ononderbroken) duurzaamheidsgedachte die de wet voor ogen heeft

(*ratio legis*). De wet gaat uit van een stabiele contractuele relatie die op lange termijn gespreid kan worden ter bescherming van de “commerciële eigendom” (*propriété commerciale*) van de huurder⁴⁵. De handelshuur moet de huurder in staat stellen een handelszaak in het gehuurde pand tot stand te brengen en duurzaam (stabil) uit te baten⁴⁶. Men wil hiermee voorkomen dat de verhuurders zouden “*profiteren van de vruchten van de inspanningen van de huurders, door*” hetzij “*een hernieuwing van de huurovereenkomst te weigeren*”⁴⁷, hetzij de huurovereenkomst volgens het gemeen verbintenissenrecht of contractuele bepalingen te beëindigen⁴⁸ “*en het (commercieel verbeterde) goed zelf te exploiteren, dan wel te verhuren aan een andere handelaar*”⁴⁹. Een vergelijkbare *ratio legis* ligt aan de pachtwet ten grondslag⁵⁰. Zo legt de handelshuurwet een minimumduur op van 9 jaar (driejaarlijks opzegbaar) en geeft het de handelshuurder recht op drie hernieuwingsaanvragen die de verhuurder maar in zeer specifieke gevallen kan weigeren. Verder bevat de wet een heel kluwen aan specifieke (en weinig flexibele) regels om die duurzaamheid (stabiliteit) en bescherming van de handelszaak te organiseren. Omdat de handelshuurwet is opgesteld in functie van die duurzaamheidsgedachte, sluit de verantwoorde afwezigheid van duurzaamheid (d.i. de mogelijkheid om een handelszaak duurzaam, ononderbroken in de tijd, uit te baten gedurende mogelijks minstens 36 jaar), *bij contractsluiting*, de toepassing van de handelshuurwet uit⁵¹. Waar op het moment van contractsluiting geen duurzame handelsexploitatie mogelijk is, is de beschermingswaardige uitbating van een handelszaak ook niet mogelijk. De huurder of gebruiker behoeft dan geen bescherming⁵². De wetgever

44. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Universiteit de Nancy II, 1992, 794, nr. 701: “*La convention d’occupation précaire n’est pas un contrat innomé spécifique. Elle ne présente aucune originalité structurelle par rapport à un bail correspondant au droit commun du Code civil, dont elle possède tous les éléments: un transfert de jouissance, à titre onéreux, pour une durée déterminée très courte ou pour une période indéterminée, affectée d’un terme ou d’une condition résolutoire.*” Zie ook: B. VIAL-PEDROLETTI, “*Bail d’habitation – généralités – définition du contrat de bail*”, Fasc. 85 in *JurisClasseur Civil Code > art. 1708 à 1762*, [zoals bijgewerkt op 12 juli 2016], nr. 65: “*La convention de jouissance précaire est un bail, soumis en tant que tel aux articles 1709 et suivants du Code civil.*”

45. *MvT* van 21 december 1928, wetsontwerp tot wijziging van Titel VIII van Boek III van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 1928-29, nr. 64, 1-4; *MvT* van 20 november 1946, wetsontwerp houdende bescherming van de handelszaak, *Parl.St.* Kamer 1946-47, nr. 27, 2: “*Zich schikkend naar de gewettigde wensen der huurders van inrichtingen bestemd voor handels- of nijverheidsdoeleinden, heeft het ontwerp zich georiënteerd in de richting van de stabiliteit der handelszaak; deze stabiliteit wordt voortaan verzekerd door het in werking stellen van de twee volgende wezenlijke grondbeginselen: de minimumduur van de huurovereenkomst en het recht op hernieuwing van deze laatste*”; verslag van 19 november 1947, *Parl.St.* Kamer 1947-48, nr. 20, 4, *Parl.St.* Senaat 1949-50, nr. 36, 3; K. VANHOVE, *Handelshuur*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 41-42, nr. 36; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. IV, Brussel, Bruylant, 1972, 802, nr. 780, vn. 1.

46. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. IV, Brussel, Bruylant, 1972, 802, nr. 780, litt. A.

47. K. VANHOVE, *Handelshuur*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 42, nr. 36.

48. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. IV, Brussel, Bruylant, 1972, 803, nr. 780, litt. A.

49. K. VANHOVE, *Handelshuur*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 42, nr. 36.

50. N. VERHEYDEN-JEANMART en J.-M. DERMAGNE, “*Comment concéder à autrui l’exploitation d’un bien rural sans bail à ferme?*”, *JT* 1983, (693) 698: “*Les terres agricoles ne sont pas seulement l’instrument indispensable de la production alimentaire, elles jouent aussi un rôle dans la conservation des espaces libres, des paysages et de l’environnement. Ces terres ne peuvent remplir leurs fonctions que si elles sont gérées par un agriculteur qui, dans notre pays, sera presque toujours un locataire. Et celui-ci ne pourra rentabiliser son exploitation que s’il peut amortir sur une longue période les investissements importants qu’implique l’agriculture moderne.*” Zie ook verslag VAN DIEVOET en MATHIEU bij wetsontwerp betreffende het herzien der beschikkingen van het Burgerlijk Wetboek, de landpacht betreffende, *Parl.St.* Kamer 1925-26, nr. 429, 8: “*In economisch opzicht, biedt de pacht van langen duur onbetwistbare voordeelen. De landbouwer, die zeker is gedurende een aanzienlijk tijdsverloop een eigendom in pacht te hebben, kan verbeteringen aanbrengen, draineeren, inkalken, met mergel bewerken, omheiningen aanleggen, de gebouwen der hoeve herstellen, weiden en boomgaarden aanleggen, blijvende planten kweken zonder te moeten vreezen dat de opbrengst van zijn arbeid en van zijn kapitaal hem ten gevolge eener opzegging eens ontnomen wordt.*”

51. Vgl. J. SWENNEN en N. VAN DAMME, “*Handelshuur van korte duur*”, *TBBR* 2017, (139) 147-151.

52. Vgl. inzake woninghuur: Rb. Luik 16 april 2002, *JLMB* 2002, 1797 waarbij de vrederechter in eerste aanleg had geoordeeld dat de bezetting ter bedde gerechtvaardigd was omdat de partijen geen stabiele woning, maar een voorlopig onderdak behoeften.

voorziet dan ook in specifieke gerechtvaardigde uitzonderingen op de handelshuurwet.

15. Juridische onverenigbaarheid als uitzondering handelshuurwet. Het gaat eerst om situaties die juridisch onverenigbaar zijn met de handelshuurwet. We spreken dan van een “juridische onverenigbaarheid” die een duurzame exploitatie van een handelszaak door de huurder onmogelijk maakt. Dit is het geval voor de huur toegestaan door voorlopig bewindvoerders over andermans goederen (art. 2, 3^o handelshuurwet) en de huur van onroerende goederen, ten algemene nutte onteigend of verkregen, die wordt toegestaan door het openbaar bestuur of een instelling van openbaar nut (art. 2, 5^o handelshuurwet). Telkens betreft het situaties waarbij het onroerend goed tijdelijk tegen betaling ter beschikking wordt gesteld. De bewindvoerder over (andermans) goederen⁵³ is juridisch immers onbevoegd om een langdurige huurovereenkomst te sluiten die onder de handelshuurwetgeving zou kunnen vallen. In het tegenovergestelde geval zou de bewindvoerder rechtshandelingen kunnen stellen die de duurtijd van zijn bewindvoering mogelijks zouden overtreffen⁵⁴. Wat goederen betreft die ten algemene nutte zijn onteigend, moeten zij op termijn een bestemming van algemeen nut verkrijgen, zo niet, zou de onteigeningsprocedure van haar doel zijn afgewend (machtsafwendend). De overheid die een handelshuurovereenkomst zou toestaan op dat goed dat zonder doelafwendend is onteigend zou zich dan weer aan machtoverschrijding schuldig maken. Diezelfde redenering ligt aan de basis van de pretoriaanse uitsluiting van de handelshuurwetgeving bij de terbeschikkingstelling tegen betaling van openbare domeingoederen. Omdat de overheid juridisch geen duurzame gebruiksrechten kan toestaan zonder aan machtoverschrijding te doen, kan de handelshuurwetgeving geen toepassing vinden⁵⁵.

16. Feitelijke/praktische en subjectieve onverenigbaarheid als uitzondering op handelshuurwet. Ook feitelijke en subjectieve redenen kunnen rechtvaardigen dat de ter-

beschikkingstelling tegen betaling van een onroerend goed niet onder de toepassing van de handelshuurwet valt, ook al wordt er (tijdelijk) een kleinhandel of een bedrijf van een ambachtsman in het pand uitgeoefend⁵⁶. De onverenigbaarheid is dan niet juridisch maar feitelijk, praktisch of subjectief. Dit is eerst en vooral het geval voor de wettelijke uitzondering m.b.t. de zgn. “gelegenheidsverhuring” en de “seizoensverhuring” (art. 2, 1^o handelshuurwet (voor het Brussels Gewest)). De voorbereidende werken spreken van “omstandigheidsovereenkomsten”⁵⁷. De subjectieve bestemming gegeven aan een gehuurd goed kan een korte duur van de huur of afwezigheid van bescherming door de handelshuurwet rechtvaardigen ook al wordt er een handelszaak uitgebaat (bv. tentoonstelling). Daarnaast kan de feitelijke ligging van een goed een seizoensgebonden verhuring rechtvaardigen die de handelshuurwet praktisch uitsluit (bv. ijskraambuiting aan de kust). Het gaat om situaties die telkens verantwoord zijn dat geen lange termijn (ononderbroken) relatie wordt aangegaan. Maar ook buiten die wettelijke uitzondering om, is, volgens de vaststaande rechtspraak, een gerechtvaardigde (subjectieve) onverenigbaarheid mogelijk die de toepassing van de handelshuurwet uitsluit.

Hier precies past de rechtspraak over de bezetting ter bedde. De rechtvaardiging van de sluiting van een bezetting ter bedde die niet onder de toepassing van de handelshuurwet valt, vindt zijn grondslag in de *ratio legis* van de wet zelf. Voorwaarde hiervoor is dat die zgn. “subjectieve” redenen, (opr)echt zijn en niet zijn ingegeven vanuit de loutere wens om te ontsnappen aan de handelshuurwet (*supra*, randnr. 7). Anders gezegd, de redenen voor de keuze van een “bezetting ter bedde” mogen niet uitsluitend betrekking hebben op de wens om niet onder de handelshuurwet te vallen. Het tegenovergestelde beweren zou iedere bescherming van de handelshuurder beoogd door de handelshuurwet ontnemen (*infra*, randnr. 19). De redenen moeten daarom “objectief” vaststaan (of: bestaan)⁵⁸. Deze redenen kunnen het gevolg zijn van de wil hetzij van de eigenaar of de terbeschikkingsteller van het goed, hetzij van de gebruiker, hetzij van beiden⁵⁹. Zij kunnen betrekking hebben op de

⁵³. D.i. de persoon die de beschermde persoon bijstaat of vertegenwoordigt bij het stellen van handelingen met betrekking tot zijn goederen waarvoor hij onbekwaam werd verklaard overeenkomstig art. 492/1 BW (art. 494, c) BW).

⁵⁴. *Parl.St. Kamer* 1946-47, nr. 27, 34.

⁵⁵. Cass. 25 september 2000, *RW* 2002-03, 775, *TBO* 2003, 95, noot J. DE STAERCKE; Brussel 23 oktober 2013, nr. 2011/AR/1912, *onuitg.*, www.juridat.be (uitbating winkel in metrostation); Rb. Brussel 1 februari 2008, *Res Jur. Imm.* 2008, 307; Vred. Namen 13 juli 1999, *Rec. gén. enr. not.* 2001, 217. Naar *Frans recht*: CE fr. 24 november 2014, nr. 352402 (uitbating restaurant in een skioord); Cass.fr. (civ.) 19 november 1985, nr. 84-14522, *Bull.civ.* 1985, III, 111, nr. 145 (wafelverkoop op stoep); CAA Lyon 17 december 2015, nr. 14LY03708, www.légifrance.gouv.fr (uitbating restaurant in een skioord); Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, Parijs, LGDJ, 2011, 194, nr. 311.

⁵⁶. Vgl. C. MOYSAN, *La précarité dans les relations contractuelles en droit privé*, *onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Université François-Rabelais de Tours, 1998, 288 *et seq.*; X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, *onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Université de Nancy II, 1992, 777-778, nr. 690.

⁵⁷. *MvT, Parl.St. Kamer* 1946-47, nr. 27, 3.

⁵⁸. J. SWENNEN en N. VAN DAMME, “Handelshuur van korte duur”, *TBBR* 2017, (139) 152, nr. 25; K. VANHOVE, *Handelshuur*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 73; J. HERBOTS, “Le provisoire, indispensable au contrat d’occupation précaire” (noot onder Kh. Gent 22 december 2009), *TBBR* 2011, (164) 166, nr. 5; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, Brussel, Larcier, 2011, 80-81, nrs. 64-65. Voor *Frankrijk*: art. L.145-5-1 C.com.; Cass.fr. (civ.) 19 november 2003, nr. 02-15887, *Bull.civ.* 2003, III, 180, nr. 202; Cass.fr. (civ.) 16 november 2000, nr. 97-13752, *Bull.civ.* 2000, III, 23, nr. 33; L. RUET, *Les baux commerciaux*, Parijs, Defrénois, 2015, 65-67, nrs. 81-82; M.-P. DUMONT-LEFRAND, “Bail: choix du régime applicable et conclusion” in Y. ROUQUET (ed.), *Droit et pratique des baux commerciaux*, Parijs, Dalloz, 2010, 155, nr. 220.170.

⁵⁹. Vgl. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, *onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Université de Nancy II, 1992, 778 *et seq.*, nrs. 691 *et seq.*

afwachting van een vergunning⁶⁰ of de vervulling van een voorwaarde in een koopovereenkomst⁶¹ omdat de eigenaar van het goed er een andere bestemming aan wenst te geven⁶², de afwachting van de bestemmingswijziging van het onroerend goed⁶³, de afwachting van de verdeling van de erfenis waarin het onroerend goed begrepen is⁶⁴, de bedoeling van de eigenaar om het goed te verkopen⁶⁵, de bedoeling van de eigenaar om het goed persoonlijk in gebruik te nemen⁶⁶, de bedoeling van de eigenaar om het pand op termijn herop te bouwen⁶⁷, af te breken⁶⁸, te renoveren en/of uit te breiden⁶⁹, het bieden van de mogelijkheid aan de huurder (of preciaire bezetter) een ander pand te vinden⁷⁰, het bieden van de mogelijkheid aan de overnemer van een handelszaak die op korte termijn van pand wenst te veranderen om de klanten van de overlater beter te bedienen en te fideliseren⁷¹, het afwachten van de sluiting van een definitieve huurovereenkomst over alle essentiële elementen⁷², het lichten van een eenzijdige koopoptie, de afwachting van de vervulling van een opschortende voorwaarde⁷³, etc.

17. *Korte duur handelshuur (Vlaamse en Waalse Gewest): proefhuur van maximum één jaar vereist geen rechtvaardigingsgrond.* In het Vlaamse en Waalse Gewest tot slot, is het sinds kort mogelijk om zonder enige rechtvaardigingsgrond aan de handelshuurwet te ontsnappen indien de huurovereenkomst schriftelijk en uitdrukkelijk is aangegaan voor een duur van maximum één jaar (art. 2,1° handelshuurwet; art. 1 decreet 17 juni 2016 over de korte duur handelshuur⁷⁴; art. 1 Waals decreet van 15 maart over de korte handelshuur⁷⁵)^{76,77}.

b. Exceptio est strictissimae interpretationis?

18. *Bezetting ter bede als onwettige rechtshandeling respectievelijk als sui generis-overeenkomst omdat uitzonderingsregime handelshuurwet strikt moet worden geïnterpreteerd?* Volgens een auteur bepaalt het bijzonder huurrecht op limitatieve wijze in welke situaties het betrokken huurregime niet toepasselijk is⁷⁸. Uitzonderingen moeten namelijk (zeer) strikt worden geïnterpreteerd: *exceptio est strictissimi*

⁶⁰. Vred. Gent 11 mei 2015, *Huur* 2015, 151 (bezetting ter bede voor pop-uprestaurant in afwachting bekoming van een stedenbouwkundige vergunning).
⁶¹. Cass. 30 april 1971, *Pas.* 1971, I, p. 781, *Arr.Cass.* 1971, 847 (in afwachting van de vervulling van de voorwaarde in een koopovereenkomst liet de verkoper een derde handelaar toe om het verkochte goed precair te bezitten).
⁶². Rb. Brugge 26 mei 1999, *TBBR* 2001, 111 (dading gesloten tussen eigenaar A, hoofdhuurder B en onderhuurder C ter beëindiging van handelshuurovereenkomst tussen eigenaar A en hoofdhuurder B waarmee tegelijk onderhuur werd beëindigd en overdracht handelszaak van hoofdhuurder B aan onderhuurder C; dading werd onmiddellijk gevolgd door de sluiting van een overeenkomst van "bezetting ter bede" om C een tijdelijke titel te verschaffen om in het pand te blijven; dat deze overeenkomst niet als een gewone verderzetting van de handelshuurovereenkomst door C kan worden gezien blijkt uit het feit dat de overeenkomst die als "bezetting ter bede" werd gekwalificeerd door de eigenaar A de tijd moest verlenen te beslissen over de bestemming te geven aan het pand, gelet op de hoge kosten verbonden aan het terug verhuurbaar maken van het pand).
⁶³. Cass.fr. (civ.) 16 februari 2000, nr. 97-13752 (een overeenkomst van bezetting ter bede werd tussen een gemeente en een betonbedrijf voor een duur van 5 jaar gesloten; het precair karakter van de overeenkomst werd verantwoord vanuit het doel van de gemeente om van het terrein waarop de bezetting betrekking had en dat zich in de nabije omgeving van de gemeente bevond, in het belang van de inwoners van de gemeente, een industriezone te creëren en te bestemmen voor kmo's).
⁶⁴. Cass. 27 juni 1975, *RW* 1975-76, 606 (precaire bezetting toegestaan door erfgenamen mede-eigenaars in afwachting van de voltooiing van de vereffening en verdeling van de nalatenschap met het oog op een goede verstandhouding en een normale exploitatie van het ouderlijk landbouwbedrijf).
⁶⁵. Cass.fr. (civ.) 10 mei 1977, nr. 75-12020 (ouders die eigenaar zijn van een pand, wensen dit pand op termijn aan hun zoon die het beroep van opticien uitoefent, ter beschikking te stellen; zij sluiten in afwachting een korte duur handelshuurovereenkomst van 2 jaar met een vennootschap die er een bloemenwinkel zal uitbaten; de korte duur handelshuur neemt een aanvang op 1 januari 1972 en eindigt op 31 december 1973; de vennootschap bezette het pand echter al iets vroeger dan 1 januari 1972 en beroept zich daarom op de Franse regel dat een handelshuurovereenkomst van meer dan 2 jaar wordt geacht te zijn gesloten voor een duur van 9 jaar; de rechter oordeelt dat deze vroegtijdige inbezitting van het pand tot doel had de huurder in staat te stellen de nodige werken uit te voeren zodat geen sprake kon zijn *de facto* van een huur van meer dan 2 jaar); Vred. Arendonk 18 juni 2013, *RW* 2013-14, 993 (eigenaar en zelfstandig verzekeringsagent A laat zijn handelszaak over aan een overnemer B die echter niet bereid is het handelspand over te kopen en staat B toe om tijdelijk het handelspand te betrekken tot A het pand heeft verkocht om leegstand te voorkomen; daarnaast kon B tijdelijk de vroegere klanten van A beter bedienen en fideliseren terwijl B een ander pand meer in het centrum van Arendonk kon zoeken).
⁶⁶. Cass. 29 februari 2016, C.14.0496.F., Concl. J.M. GENICOT, *TBO* 2017, 135; Rb. Tongeren 27 juni 2011, *T.Agr.R.* 2012, 376 (pachter B koopt gronden over van verpachter A en verkoopt ze zelf meteen door aan de burens C die op dat moment maar één van de drie percelen nodig hebben voor de wijnbouw; de burens C die eigenaar zijn geworden van de drie gronden stellen daarom voorlopig de twee andere percelen ter beschikking van B tot zij die twee percelen zelf nodig hebben).
⁶⁷. Vred. Torhout 1 september 1998, *TWVR* 1999, 76.
⁶⁸. Vred. Tienen 16 augustus 2010, *Huur* 2011, 36.
⁶⁹. Vred. Sint-Pieters-Woluwe 15 juni 2016, nr. 15A2945, *onuitg.*
⁷⁰. Cass.fr. (civ.) 31 maart 2016, 14-12721 (handelshuurovereenkomst werd ontbonden naar aanleiding van de gerechtelijke vereffening van de huurder; aan de onderhuurder werd een bezetting ter bede toegestaan, vermoedelijk om hem de tijd te geven een alternatief pand te vinden voor de uitbating van zijn handelszaak); Cass. 29 februari 2016, C.14.0496.F.; Cass. 25 mei 1979, *Arr.Cass.* 1979, 1123 (bezetting ter bede toegestaan na beëindiging handelshuur om huurder toe te laten om naar een ander handelspand uit te zien).
⁷¹. Vred. Arendonk 18 juni 2013, *RW* 2013-14, 993.
⁷². Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 19 november 2015, *TGR-TWVR* 2016, 121, noot F. MOEYKENS.
⁷³. Vgl. Rb. Gent 22 december 2009, *Huur* 2011, 161.
⁷⁴. *BS* 26 juli 2016, p. 45.675.
⁷⁵. *BS* 28 maart 2018, inwerkingtreding 1 mei 2018.
⁷⁶. Zie hierover uitgebreid: J. SWENNEN en N. VAN DAMME, "Handelshuur van korte duur", *TBBR* 2017, (139) 139-161; J. SWENNEN, K. TROCH en N. VAN DAMME, "Le décret flamand sur le bail commercial de courte durée. Un exemple pour les législateurs wallon et bruxellois?", *JT* 2017 (249) 249-257.
⁷⁷. Zie over de korte duur handelshuurdecreten in het Vlaamse en Waalse Gewest, alsook het ontwerp ordonnantie van het Brusselse Gewest: P. BRULEZ, "Kortetermijnhandelshuur (zgn. Pop-up huur)" in N. CARETTE (ed.), *Handelshuur. Actuele stand van zaken*, Antwerpen, Intersentia, 2018, p. 41-58.
⁷⁸. J. KOELENBERG, "Preactie bezetting: versoepeling of ondermijning van de handelshuurwet?", *RW* 1970-71, (1593) 1601-1602.

*mae interpretationis*⁷⁹. In die zin zou iedere uitbreiding van de uitzonderingen op het toepassingsgebied van het betrokken bijzonder huurregime strijdig zijn met de wet. Deze auteur, die er m.i. terecht van uitgaat dat de bezetting ter bede niets anders is dan een huurovereenkomst, besluit daarom dat, bij gebrek aan uitdrukkelijke uitzondering in de wet, dat de bezetting ter bede, als niet-uitgezonderde huurovereenkomst (*bail dérogatoire*), de wet overtreedt⁸⁰.

Dit probleem stelt zich niet voor de auteurs die de bezetting ter bede, als zelfstandige onbenoemde (*sui generis*) overeenkomst, onderscheiden van de huurovereenkomst (*supra*, randnr. 6)⁸¹. Zo begrepen ontsnapt de rechtsfiguur van de bezetting ter bede aan de kritiek dat uitzonderingen strikt geïnterpreteerd moeten worden: de wet is immers maar van toepassing op huurovereenkomsten en niet op andere (on)benoemde overeenkomsten. Dit uitgangspunt steunt echter op een kringredenering. Deze auteurs halen immers eerst de verantwoording voor de creatie van de bezetting ter bede als uitzondering op de handelshuurwet (al dan niet (on)bewust) uit de *ratio legis* van de wet. Om te verantwoorden dat de *exceptio est strictissimae interpretationis*-beginsel niet geschonden is, beweren zij dat de bezetting ter bede geen huurovereenkomst is, maar een *sui generis*-overeenkomst. Als *sui generis*-overeenkomst is er geen huur zodat de handelshuurwet geen toepassing kan vinden: het toepassingsgebied van het uitzonderingsregime wordt dus niet uitgebreid en blijft dus van strikte toepassing. Anders gezegd, eerst wordt gekeken naar de *ratio legis* van de wet om een uitzondering op de handelshuurwet te verantwoorden om vervolgens een *sui generis*-overeenkomst af te leiden die verantwoordt dat niet naar de *ratio legis* van de wet moet gekeken worden zodat er, bij gebrek aan (uitbreidende) interpretatie, geen schending is van het principe dat uitzonderingen strikt moeten worden geïnterpreteerd.

19. Bezetting ter bede is geen rechtshandeling sui generis maar uitsluiting van toepassing handelshuurwet past wel binnen ratio legis uitzonderingsregime: exceptio est non semper strictissimae interpretationis. Hieruit volgt dus dat de bezetting ter bede moet passen binnen het uitzonderingsregime van de handelshuurwet, wil men aan de toepassing van die wet ontsnappen: als vorm van huurovereenkomst

volstaat het bedongen precair karakter ervan niet om de toepassing van de handelshuurwet uit te sluiten. Dit zou elke nuttige toepassing van de wet onmogelijk maken telkens een sterke verhuurder de huurder kan dwingen akkoord te gaan met een preciaire duur (*supra*, randnr. 13). Dit doet de vraag opnieuw rijzen naar de mogelijkheid om, buiten de wettelijke uitzonderingsgevallen heen, te ontsnappen aan het toepassingsgebied van de wet. Dit is de vraag naar de strikte interpretatie van uitzonderingsregels. Geldt het principe onverbiddelijk, zoals klassiek wordt aangenomen⁸², dat elke uitzondering strikt moet worden geïnterpreteerd? Dit kan betwijfeld worden⁸³. De vraag naar de concrete draagwijdte van een rechtsregel veronderstelt steeds zijn interpretatie. Dit geldt ook voor uitzonderingsrechtsregels. Om te bepalen of een rechtsregel strikt moet worden geïnterpreteerd moet m.n. naar de *ratio legis* ervan worden gekeken⁸⁴. In die zin onderscheidt de interpretatie van het uitzonderingsrecht zich niet van de interpretatie van het gemeen recht. Het is niet omdat een rechtsregel een uitzondering in het leven roept dat die uitzondering juridisch ook strikt of eng moet worden geïnterpreteerd. In dat verband is de handelshuurwet ingegeven vanuit een duurzaamheidsgedachte en heeft de wetgever zelf uitzonderingen voorzien wanneer de vereiste duurzaamheid niet kan worden bereikt (*supra*, randnr. 13). De wetgever had klaarblijkelijk voor ogen (zo neemt de rechtspraak toch minstens impliciet aan) dat alleen goederen die juridisch en feitelijk of praktisch duurzaam bestemd kunnen worden voor de uitbating van een handelszaak, de toepassing van de handelshuurwet rechtvaardigen. Anders gezegd, bepalend is of de terbeschikkingsteller juridisch of feitelijk/praktisch het betrokken goed duurzaam bestemt/kan bestemmen voor de uitbating van een handelszaak. Bestaat er een juridische dan wel een feitelijke of praktische rechtvaardigingsgrond die dit uitsluit, dan is het betrokken huurregime niet van toepassing, zo interpreteert de rechtspraak.

20. Besluit. Nu aangetoond is dat de bezetting ter bede binnen het uitzonderingsregime van de handelshuurwet past, stelt zich nog de vraag naar de invulling van het ontduikingsopzet waarnaar de rechtspraak (schijnbaar) lijkt te verwijzen om uit te maken of de rechtshandeling die zich als bezetting ter bede aandient als ontduikende rechtshandeling moet worden gezien of niet.

⁷⁹. J. HERBOTS, "Over het beleid van de rechter en de wetsontduiking. De creatie van de nieuwe overeenkomst van bezetting ter bede" in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (247) 278, nr. 31; J. KOKELENBERG, "Preciaire bezetting: versoepeling of ondermijning van de handelshuurwet?", *RW* 1970-71, (1593) 1601-1602; vgl. ook HvJ 18 november 2004, C-284/03, r.o. 17.

⁸⁰. J. KOKELENBERG, "Preciaire bezetting: versoepeling of ondermijning van de handelshuurwet?", *RW* 1970-71, (1593) 1602.

⁸¹. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Universiteit de Nancy II, 1992, 804, nr. 708.

⁸². Bv. B. BOUCKAERT, *Algemene rechtsleer*, Antwerpen, Maklu, 2006, 45.

⁸³. M. WÜRDINGER, "Die Analogiefähigkeit von Normen. Eine methodologische Untersuchung über Ausnahmenvorschriften und deklaratorische Normen", *AcP* 2006, (946) 956. Zie ook kritisch t.a.v. diezelfde regel in het contractenrecht: B. TILLEMANS, "Conventioneel voorkooprecht", *Not.Fisc.M.* 2000, (263) 270.

⁸⁴. A.S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Verbintenissenrecht*, Deel III, *Algemeen overeenkomstenrecht*, Kluwer, Deventer, 2014, nr. 376; M. LEBEAU, *De l'interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, Parijs, Defrénois, 2012, 234 p.; B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative: droit commun et droit spécial, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Universiteit de Bordeaux I, 1986, 170-171, nrs. 113-114; L. ROBINE, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, Bordeaux, Imprimerie-Librairie de l'université, 1933, 198; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, T. 1, Brussel, Bruylant, 1869, 353, nr. 277. In vergelijkbare zin over de interpretatie van rechtshandelingen: J. WAELKENS, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, Deel 1, Antwerpen, Intersentia, 2016, 158, nr. 141.

D. INVULLING ONTDUIKINGSOPZET

1. Afwezigheid ontduikingsopzet als (impliciete) toepassingsvereiste uitzonderingsregime handelshuurwet: objectief ontduikingsbegrip

21. *Invulling subjectieve rechtvaardigingsgronden bezetting ter bede en verbod op wetsontduiking: Hof van Cassatie hanteert een objectief (niet-autonoom) ontduikingsbegrip (wetsontduiking als wetsovertreding).* Wat de subjectieve rechtvaardigingsgronden betreft, is vereist dat zij geen betrekking hebben op de niet-toepasselijkheid van de handelshuurwet alléén (“partijen, die geenszins de bedoeling hadden de wet op de handelshuurovereenkomsten te willen omzeilen”). Anders gezegd, men kan niet ontsnappen aan de toepassing van de wet alleen maar omdat men eraan wil ontsnappen en niet voor een lange duur met de huurder verbonden wil zijn. In dat geval is de intentie *niets anders* dan de wet niet te willen respecteren. Dit is, positief gesteld, de bedoeling om de wet te overtreden⁸⁵. De keuze voor een “bezetting ter bede” is dan alleen ingegeven vanuit de wil om niet onder de toepassing van de handelshuurwet te vallen: de partijen weten dat de bepalingen van hun overeenkomst niet stroken met de wet. Zo oordeelde het Hof van Cassatie over pacht dat het feit dat de landeigenaars niet wilden dat de overeenkomst die feitelijk beantwoordde aan een pacht onderworpen zou zijn aan de pachtwet om de gelijkheid tussen de kinderen te handhaven, de uitzondering op de pachtwet niet rechtvaardigt⁸⁶. Ook de verwijzing naar een vage andere intentie om bijvoorbeeld ooit zelf het pand persoonlijk of door een afstammeling te betrekken volstaat niet⁸⁷. De rechtvaardigingsgrond(en) moet(en) op het ogenblik van de contractsluiting voldoende concreet en objectief vaststaan of bestaan. Fictieve rechtvaardigingsgronden zijn ontoelaatbaar.

Uit het geannoteerde arrest kan men echter niet afleiden dat het ontduikingsverbod autonoom en subjectief moet worden opgevat (*supra*, randnr. 7)⁸⁸. Het subjectieve element volgt rechtstreeks uit de interpretatie door de rechtspraak en rechtsleer van de wetgeving: de vereiste afwezigheid van loutere doelstelling om aan de wet te ontsnappen is dus een (impliciete) toepassingsvoorwaarde om een beroep te doen

op het uitzonderingsregime van de wet⁸⁹. In de rechtspraak over de bezetting ter bede kan dus geen argument worden gehaald voor een subjectieve benadering van een autonoom ontduikingsverbod. In die rechtspraak komt de wetsontduiking immers neer op de (doelbewuste) overtreding van de wet zelf, nl. de loutere (werkelijke) bedoeling niet onderworpen te willen zijn aan de wet. In die zin vindt het gehanteerde ontduikingsbegrip in het geannoteerde arrest aansluiting bij het Belgische fiscale begrip van belastingontduiking⁹⁰ en bij de objectieve, niet-autonome, opvatting van het privaatrechtelijke concept van “wetsontduiking”⁹¹.

Vergelijkbaar in dat opzicht is de rechtspraak die de aanwending van het huwelijk ter ontwijking van het verbod voor de arts om van zijn patiënt te ontvangen (art. 909 BW) als wetsontduiking kwalificeert. Zij doet niet anders dan die rechtsregel toe te passen⁹²: het is immers (impliciet) verboden de huwelijksinstelling van zijn doel (nl. een duurzame levensgemeenschap tot stand brengen) af te wenden⁹³. Er is dan sprake van een schijnhuwelijk⁹⁴. Doelafwending komt dus neer op rechtsregelovertrekking⁹⁵. Door zich onterecht (d.i. in strijd met de wet) op de huwelijksinstelling te beroepen, ontving de arts eigenlijk als onbekwame van zijn patiënt⁹⁶. Artikel 909 BW krijgt dan weer volle toepassing. Een andere toepassing hiervan vinden we terug in artikel 146bis BW op grond waarvan er “**geen huwelijk [is], ondanks de formele toestemmingen tot het huwelijk, [wanneer] uit een geheel van omstandigheden blijkt dat de intentie van één van de echtgenoten kennelijk niet is gericht op de totstandkoming van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel**” (eigen benadrukking). Aangezien er geen huwelijk is, genieten de partijen geen verblijfsrechtelijk voordeel die ze bij een wettig huwelijk wél zouden hebben genoten⁹⁷. De ontduiking (fraude) bestaat zowel in het onterechte beroep op huwelijksinstelling als in de daaruit voortvloeiende onterechte beroeping op bijvoorbeeld het verblijfsrechtelijk voordeel⁹⁸. De vaststelling van het fictief karakter van het huwelijk leidt zijn *onwerkzaamheid (inefficacité)* voor de beroeping de rechtsregel waarmee een bepaald voordeel wordt nagestreefd. Dit betekent nog niet dat dit huwelijk niet meer nietig moet worden verklaard⁹⁹. Dat is ook niet vereist.

⁸⁵. Vgl. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX en M. FABRE-MAGNAN, “Introduction générale” in *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 1994, 809, nr. 819; W. VAN GERVEN, “Algemeen deel” in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, E.Story-Scientia, 1989, 207, nr. 75.

⁸⁶. Cass. 20 oktober 2000, *RW* 2001-02, 952.

⁸⁷. Dit is precies de situatie die geleid heeft tot cassatie in Cass. 2 november 2017, C.16.0461.N.

⁸⁸. In vergelijkbare zin over de eerdere rechtspraak over de bezetting ter bede: X. DIEUX, “Développements de la maxime *fraus omnia corrumpit* dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique” in X, *Droit, morale et marché*, Brussel, Bruylant, 2013, (617) 628-629; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *Introduction. Sources des obligations (première partie)* in *De Page. Traité de droit civil belge*, T. II, Brussel, Bruylant, 2013, 470, nr. 304, vn. 1327; D. DEVOS, “Propos sur la répression de la fraude en droit privé” (noot onder Brussel 8 september 1984), *TBH* 1985, (283) 297, nr. 16. Zie nochtans in die zin maar kritisch: B. DEVOLDER, “Tussenpersonen bij consumentenkoop”, *DCCR* 2017, nr. 21.

⁸⁹. Vgl. S. SIEKER, *Umgehungsgeschäfte. Typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 214-215, nr. 4.

⁹⁰. L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 43, nr. 62; B. PEETERS, “De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking” in M. MAUS en M. ROZIE (eds.), *Actuele problemen van het fiscaal strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (25) 26-27; J. VAN HOUTTE en I. CLAEYS-BOUÛAERT, *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, Gent, E.Story-Scientia, 1979, 40, nr. 41.

91. Voor België: Cass. 21 juni 2001, *Pas.* 2001, I, nr. 385: “Qu'en excluant ainsi que l'élément d'extranéité justifiant l'élection par les parties d'un for étranger soit simulé, l'arrêt attaqué justifie légalement sa décision qu'il n'y a pas fraude à la loi et que la clause litigieuse peut sortir ses effets.” (bij gebrek aan veinzing besluit de rechter op rechtmatige wijze dat er geen sprake is van wetsontduiking; *a contrario* mag men hieruit afleiden dat de wetsontduiking, althans in het internationaal privaatrecht van 2001 veinzing veronderstelde en dus wetsovertreding); Cass. 28 juni 1979, *RCJB* 1981, 332, noot R. VANDER ELST: “Attendu qu'il ressort des motifs de l'arrêt reproduits dans la réponse au deuxième moyen que la cour d'appel a considéré que la clause contenue dans l'article 15 du contrat de concession de vente exclusive et déterminant le lieu d'exécution de l'obligation avait pour objet de simuler un élément d'extranéité contraire à la réalité des choses et que la demanderesse avait ainsi eu pour but d'écarter par un artifice la loi belge normalement applicable, au profit d'une loi étrangère; Que l'arrêt décide que cette clause, constitutive de fraude à la loi, est nulle; Qu'ainsi l'arrêt justifie légalement sa décision.” (buitenlands element is geveinsd zodat er sprake is van wetsontduiking); S. VAN LOOCK en S. JANSEN, “Kenbaarheid als criterium in een ontluikend Europees vertegenwoordigingsrecht? Over de garagist als tussenpersoon bij consumentenkoop” (noot onder HvJ 9 november 2016), *TBH* 2017, (383), nr. 24; A. NUYS, “Forum shopping and abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen” in *Mélanges John Kirkpatrick*, Brussel, Bruylant, 2004, (745) 747, nr. 1 en 769, nr. 6; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 310-311, nr. 254; M.E. STORME, “Is het begrip wetsontduiking noodzakelijk om de opzegging van de pacht voor persoonlijke exploitatie te weigeren aan de koper van een vruchtgebruik voor het leven?” (noot onder Rb. Ieper 23 februari 1993), *T.Not.* 1994, (257) 257-258, nr. 3; L. CORNELIS, *Beginselen van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, I, Antwerpen, Maklu, 1989, 105-106, nr. 62; M. GREGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1992, 266, nr. 381; R. VANDER ELST en M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, T. 1, *Conflits de lois*, Brussel, Bruylant, 1983, 349-352, nr. 85; R. VANDER ELST, “Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé” (noot onder Cass. 28 juni 1979), *RCJB* 1989, (347) 357-359, nrs. 14-17. Voor Duitsland: F.J. SACKER, R. RIXECKER, H. OETKER en B. LIMPERG, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 2015, § 134 BGB, nr. 12; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, Müller, 2010, 268, nr. 660; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, Berlin, Springer, 1992, 350-351; T. MAYER-MALLY, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Beck, 1978, § 134, 792, nrs. 12 en 14. Voor Frankrijk: J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, T. 4, Parijs, PUF, 2000, 154-155, nr. 76; P. POLÈRE, *La fraude aux droits des consommateurs, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Université Paris X-Nanterre, 2000, 107 *et seq.*; P. HOUZELOT, *Des moyens de fraude aux droits d'autrui. Contribution à la théorie générale de la fraude en droit privé, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Université Montesquieu- Bordeaux IV, 1996, 443 en 454 *et seq.*; J. MOULY, *La fraude à la loi en droit du travail. Contribution à la théorie générale de la fraude, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Université de Limoges, 1979, 384 *et seq.*; B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Parijs, Dalloz, 1974, 435, nr. 539; Y. LOUSSOUARN, “Préface” in B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Parijs, Dalloz, 1974, ix-xiii; J. BREJON, *Fraus legis*, Rennes, Imprimerie commerciale de l'ouest-éclair, 1941, 102-103; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. II, Parijs, Arthur Rousseau, 1933, 529, nr. 1137; A. LIGEROPULO, *Le problème de la fraude à la loi*, Parijs, Sirey, 1928, 74 *et seq.*, nrs. 31 *et seq.*; J. BEDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude*, T. 2, Parijs, Auguste Durand, 1867, 209, nr. 645. Voor Zwitserland: TF 15 december 2005, ATF 132 III 212, nr. 4.1: “Pour décider s'il y a fraude à la loi, il faut interpréter la norme d'interdiction en recherchant si, selon son sens et son but, elle s'applique aussi à l'opération litigieuse, ou si cette dernière est exclue du champ d'application de la norme d'interdiction et est ainsi valable.”; L. CORNU, *Théorie de l'évasion fiscale et interprétation économique. Les limites imposées par les principes généraux de droit*, Genève, Schulthess, 2014, 61-62; H. HONSELL, “Art. 2 ZGB” in *Basler Kommentar ZGB*, I, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2014, 49-50, nr. 31; C. CHAPPUIS, “Art. 2 CC” in *Commentaire Romand*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2010, 58, nr. 54; P.-H. STEINHAEUER en L. BIERI, “Le titre préliminaire du Code civil” in *Traité de droit privé suisse*, II/1, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2009, 104-106, nrs. 307-309; S. ABBET, *De l'exceptio doli à l'interdiction d'abus de droit. Etude de droit romain et de droit suisse*, Genève, Schulthess, 2006, 260-261; M. AMOOS, *La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus. Nullité absolue du titre de transport immobilier, exercice tardif du droit, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Université de Lausanne, 2002, 39; M. BAUMANN, D. DURR, V. LIEBER, A. MARTI en B. SCHNYDER, “Art. 2 ZGB” in *Einleitung in Zürcher Kommentar zum ZGB*, Zürich, Schulthess, 1998, 488, nr. 53; G. A. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, Mauraz, Imprimerie Chabloz, 1984, 90-91; K. HEBLING, *Die Lehre der sog. Gesetzesumgehung und das schweiz. Zivilgesetzbuch*, Lachen, Gutenberg, 1929, 63.
92. Cass.fr. 11 januari 1820, S. 1820, I, 157, Concl. CAHIER.
93. Vgl. E. ADRIAENS en N. VAN DAMME, “Blind (ver)trouwen”, *Juristenkrant* 27 september 2017, 16; S. VANDROMME, “Vervolging en bestraffing van schijnhuwelijken als valsheid in geschriften en/of gebruik van een vals stuk”, *T.Strafr.* 2016, (327) 328, nr. 8; A. BENABENT, *Droit civil. Droit de la famille*, Parijs, Montchrestien, 2010, 56, nr. 187; W. DELVA en G. BAERT, “Overzicht van de rechtspraak. Personen-en familierecht (1960-1963)”, *TPR* 1964, (231) 261-262, nr. 39. Zie evenwel twijfelachtig: J. PAUWELS, “Nietigverklaring van het huwelijk”, *TPR* 1975, (159) 179, nr. 33.
94. E. ADRIAENS en N. VAN DAMME, “Blind (ver)trouwen”, *Juristenkrant* 27 september 2017, 16; C. IDOMON, “Schijnhuwelijken en schijnwettelijke samenwoningen”, *OSS* 2015, afl. 80, (237) 239, nr. 3; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2010, 340-341, nr. 326; A. BÉNABENT, *Droit civil. Droit de la famille*, Parijs, Montchrestien, 2010, 54-55, nr. 185; S. LEFEBVRE, “Schijnhuwelijken. Preventie en repressie in een notendop”, *NJW* 2007, (818) 818, nr. 1; J. ROODHOOF, “Schijnhuwelijken: het huwelijksinstituut misbruikt”, *RW* 1991-92, (209) 210, nrs. 4 en 6. Vgl. ook: G. VERSCHULDEN, I. BOONE, S. BROUWERS, L. DE SCHRIJVER en A. VAN THIENEN, “Overzicht van rechtspraak. Familierecht (2012-2016)”, *TPR* 2017, (655) 799, nr. 220.
95. J. VELAERS, “Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit” in A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en J. ROZIE (eds.), *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (1) 15-16, nr. 24; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe "fraus omnia corrumpit"*, Parijs, Dalloz, 1957, 358; A. LIGEROPULO, *Le problème de la fraude à la loi*, Parijs, Sirey, 1928, 144-149, nrs. 51-52 en H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Parijs, Dalloz, 1927, 60, nr. 14. Vgl. H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. X, Brussel, Bruylant, 1949, 519, nr. 510.
96. B. AUDIT, *Droit international privé*, Parijs, Economica, 2006, 194-195, nr. 236.
97. In die zin uitdrukkelijk m.b.t. de verkrijging van de Belgische nationaliteit: Cass. 23 januari 2015, C.13.0157.N., *Arr.Cass.* 2015, 206, Concl. VAN INGELGEM, *Juristenkrant* 2015 (weergave E. DE BOCK), afl. 304, 3, *Pas.* 2015, 206, *Rev.dr.étr.* 2015, 182, 16, noot P. WAUTELET, *RW* 2015-16, 1337, noot L. DESCHUYTENEER en E. MEHMETI. Krachtens art. 16, § 2, 1° WBN kan de vreemdeling die huwt met een Belg de staat van Belg verkrijgen indien de echtgenoten ten minste 3 jaar in België samen hebben verbleven en zolang zij in België samenleven. Bij een schijnhuwelijk is er *ex tunc* geen huwelijk zodat van zodra dit vaststaat, er ook nooit aan de voorwaarde van art. 16 WBN werd voldaan. Dit wordt thans wettelijk bepaald in art. 23/1 WBN: “De Belgen die hun nationaliteit niet hebben verkregen van een ouder of een adoptant die Belg was op de dag van hun geboorte en de Belgen wier nationaliteit niet werd toegekend op grond van artikel 11, kunnen van de Belgische nationaliteit vervallen worden verklaard: 1° indien zij de Belgische nationaliteit hebben verkregen ten gevolge van een bedrieglijke handelwijze, door valse informatie, het plegen van valsheid in geschrifte en/of het gebruik van valse of vervalste stukken, door identiteitsfraude of fraude bij het verkrijgen van het recht op verblijf.” Zie echter kritisch: P. WAUTELET, “Nationalité, mariage et simulation: un cocktail dangereux pour la sécurité juridique” (noot onder Cass. 23 januari 2015), *Rev.dr.étr.* 2015, (17) 22.
98. Vgl. E. DE BOCK, “Nietigverklaring schijnhuwelijk na echtscheiding”, *NJW* 2017, (90) 93, nr. 17.

Een beroep op het algemene rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* lijkt mij hiervoor niet nodig¹⁰⁰.

2. Is er naar Belgisch recht plaats voor een autonoom subjectief ontduikingsverbod?

22. *Verder onderzoeksopzet: rechtsregelontduiking als autonome vorm van ongeoorloofde rechtsregelontwijking?* Binnen het kader van mijn doctoraal proefschrift onderzoek ik verder of er naar Belgisch recht, naast een objectief, niet-autonoom ontduikingsverbod (*supra*, randnr. 21), überhaupt wel plaats is voor een autonoom (subjectief) ontduikingsverbod zoals ons Hof van Cassatie (althans schijnbaar) lijkt aan te nemen¹⁰¹: “*Attendu que la fraude à la loi requiert un élément intentionnel, étant l’intention de frauder (ontduikingsopzet) la loi impérative ou d’ordre public.*”¹⁰². De vraag rijst dan waarin dit ontduikingsopzet precies bestaat. Immers, zowel bij geoorloofde als bij ongeoorloofde ontwijking (d.i. in die opvatting “ontduiking”) heeft het rechtssubject zich doorgaans doelbewust buiten de toepassingsvoorwaarden van de rechtsregel geplaatst. In de rechtsleer (en rechtspraak) wordt het ontduikingsopzet zowel (a) kwantitatief (d.i. o.g.v. de intensiteitsgraad van de ontwijkingssintentie) als (b) kwalitatief (d.i. autonoom, onderscheiden van de ontwijkingssintentie) benaderd.

a. Kwantitatieve bepaling ontduikingsopzet

23. *Ontduikingsopzet = loutere doel te ontwijken bij keuze handeling (onwerkzaam).* Een eerste mogelijkheid bestaat erin om het ontwijkingsoopzet gelijk te schakelen met het ontduikingsopzet. Om toch een onderscheid te kunnen maken tussen de geoorloofde en de ongeoorloofde ontwijking bestaat het ontduikingsopzet in het “loutere doel de regel te

ontwijken”. De keuze voor een bepaalde handeling (bv. erfpacht of vruchtgebruik i.p.v. huur) is dan gesteund op de (loutere) doelstelling om een rechtsregel te ontwijken¹⁰³. Elke doelbewuste ontwijking is dan ongeoorloofd indien er geen andere redenen voorhanden zijn die de keuze voor een bepaalde handeling verantwoorden. Hanteert men dit criterium dan is de keuze voor de ene handeling puur ingegeven vanuit een ontwijkingsoogmerk alleen indien twee handelingen identieke juridische gevolgen met zich meebrengen (buiten de gevolgen die men precies wenst te ontwijken). Van zodra de keuze gemaakt wordt tussen twee juridisch niet-identieke handelingen impliceert de keuze voor de ene dan wel de andere handeling dat andere motieven spelen dan de ontwijking alleen, tenzij er sprake is van simulatie of verkeerde kwalificatie¹⁰⁴. De onwerkzaamheid van zo’n criterium blijkt uit de praktische quasi onmogelijke toepassing van de fiscale antimisbruikbepaling vóór 2012 (oud art. 344, § 1 WIB 1992). Aan de fiscale administratie kon een juridische kwalificatie niet worden tegengeworpen wanneer de administratie kon aantonen dat de gegeven kwalificatie tot doel had de belastingen te ontwijken. De belastingplichtige kon het tegenbewijs leveren dat de gekozen kwalificatie aan rechtmatige financiële of economische behoeften beantwoordde. Om de door de partijen gegeven kwalificatie terzijde te schuiven moest de fiscale administratie dus een nieuwe kwalificatie voorstellen wat volgens het Hof van Cassatie maar was toegestaan “*indien de nieuwe kwalificatie gelijksoortige niet-fiscale rechtsgevolgen heeft als het eindresultaat van de door de partijen gestelde rechtshandelingen*”¹⁰⁵. Anders gezegd, de fiscale administratie moest, buiten de gevallen van simulatie en verkeerde kwalificatie, waarvoor een afzonderlijke antimisbruikbepaling niet nodig is, een “andere juiste juridische kwalificatie” geven aan de gestelde rechtshandelingen¹⁰⁶. Een zeer moeilijke, door-

⁹⁹. Vgl. F. PEERAER en S. STIJNS, “De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid”, *TBBR* 2017, (374) 392, nr. 49 en 397, nr. 61.

¹⁰⁰. *Contra*: Cass. 23 januari 2015, C.13.0157.N, *Arr.Cass.* 2015, 206, Concl. VAN INGELGEM, *Juristenkrant* 2015 (weergave E. DE BOCK), afl. 304, 3, *Pas.* 2015, I, p. 206, *Rev.dr.étr.* 2015, 182, 16, noot P. WAUTELET, *RW* 2015-16, 1337 noot L. DESCHUYTENEER en E. MEHMETI.

¹⁰¹. I. CLAEYS, *Verbintissenrecht*, Gent, UGent, 2017, 27, nr. 33; J.-F. ROMAIN, “La fraude et le dol en vertu du principe *fraus omnia corrumpit*” in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Brussel, Bruylant, 2014, (319) 341, nr. 13; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 393, nr. 343 en 396, nr. 346; W. RAUWS, “Wetsontduiking en de subjectieve wil een dwingende wetsbepaling of een bepaling van openbare orde te omzeilen” (noot onder Cass. 14 november 2005), *RW* 2007-08, (486) 487, nr. 3.

¹⁰². Cass. 14 november 2005, C.04.0084.F., *RW* 2007-08, 486, noot W. RAUWS.

¹⁰³. Vred. Waver 22 juni 2004, *T.Vred.* 2006, 138: “*Il faut conclure que le choix de la formule avait pour seul objectif d’éviter cette législation impérative et que partant, c’est celle-ci qui est applicable.*”

¹⁰⁴. Vgl. F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, onuitg. doctoraats thesis Rechten Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 2008, nr. 340.

¹⁰⁵. Cass. 10 juni 2010, F.08.0067.N., *AFT* 2011 (samenvatting D. GARABEDIAN), afl. 3, 27, noot D. GARABEDIAN, *Arr.Cass.* 2010, 1715, *FJF* 2011, afl. 1, 87, noot, *Fiscoloog* (samenvatting C.B.), afl. 1212, 23, *Pas.* 2010, I, p. 1814, *RABG* 2010, 1267, noot N. COUDER, *RGF* 2011, afl. 3, 8, noot D. GARABEDIAN, *TFR* 2012, 427, 772; Cass. 22 november 2007, F.06.0028.N., *Arr.Cass.* 2007, 2249, Concl. D. THUIS, *FJF* 2008, afl. 5, 541, *JLMB* 2008, 1697, *Pas.* 2007, I, p. 2097, *RGCF* 2008, 388, *TBO* 2008, 67, noot W. DEFOOR, *TGR-TWVR* 2008, 152, noot S. POT, *T.Not.* 2008, 18, *TFR* 2008, 338, 305, noot L. VANHEESWIJK. Vgl. Cass. 4 november 2005, F.04.0056.F., Concl. A. HENKES, *Arr.Cass.* 2005, 2135, *FJF* 2006, 64, *JDF* 2006, 45, noot X, *Pas.* 2005, I, p. 2140, *RGCF* 2006, 313, noot J. BOURS, *RW* 2006-07, 923, noot L. VANLERBERGHE, *TFR* 2006, 558, noot K. SPAGNOLI; Antwerpen 27 september 2011, *Not.Fisc.M.* 2010, 312. Zie hierover in het goederenrecht: V. SAGAERT, “Goederenrecht” in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2014, 50-51, nr. 52.

¹⁰⁶. J. KIRKPATRICK en D. GARABEDIAN, “Examens de jurisprudence. Les impôts sur les revenus et les sociétés (1991 à 2007)”, *RCJB* 2008, (251) 304, nr. 25; T. AFSCHRIFT, *o.c.*, 299, nr. 362.

gaans onmogelijke opdracht dus¹⁰⁷.

Toegepast op de ontwijking van de handelshuurwet zou bovenstaand criterium ons in staat moeten stellen om de doelbewuste keuze voor een recht van vruchtgebruik of erfpacht i.p.v. huur als wetsontduiking te beschouwen. Daarvoor moet de eiser die de toepassing van de handelshuurwet vordert wegens wetsontduiking vooreerst aantonen dat de keuze enkel is geïnspireerd om de wet te ontwijken. Anders gezegd, vruchtgebruik/erfpacht en huur moeten perfect inwisselbaar zijn zodat dit elk ander motief voor de keuze uitsluit. Terwijl vruchtgebruik/erfpacht enerzijds en huur anderzijds op verbintenisrechtelijk vlak mogelijks inwisselbaar zijn (de betrokken rechten kunnen tot een zekere hoogte naar eigen goeddunken worden gemoduleerd), is dit op zakenrechtelijk vlak helemaal anders. Enkel het vruchtgebruik/erfpacht doet een zakelijk recht ontstaan. Zakelijke rechten zijn, i.t.t. persoonlijke rechten, klassiek uitgerust met specifieke attributen nl. een volgrecht en een recht van voorrang¹⁰⁸. De keuze voor het vruchtgebruik/erfpacht impliceert ook de keuze voor die specifieke attributen en kan dus niet louter zijn ingegeven om de handelshuurwet te ontwijken.

24. *Ontduikingsopzet = ontwijkingsopzet (vrije keuze minst belaste weg)*. De uitbreiding van het ontduikingsverbod tot elke vorm van ontwijking, ook wanneer het ontwijkingsoogmerk niet exclusief is, is dan weer te ruim en laat niet toe de geoorloofde van de ongeoorloofde ontwijking te onderscheiden¹⁰⁹. De rechtsleer gaat er terecht vanuit dat rechtsregelontwijking principieel geoorloofd is en moet zijn: tussen twee handelingen onderworpen aan verschillende rechtsregels is men perfect vrij te kiezen voor de handeling waarvan men de rechtsgevolgen verkiest. Er is niets mis met de bedoeling om voor een voordeligere rechtshandeling te kiezen¹¹⁰, d.i., een resultaat te beogen waaraan voordeligere rechtsgevolgen verbonden zijn, door handelingen te stellen die niet onder het toepassingsgebied van de wet vallen. Het fiscaal recht beschikt hier niet over een monopolie¹¹¹. “*Er bestaat, in de regel, geen rechtsregel waardoor de rechts-subjecten ertoe worden verplicht zich naar de toepassingsvoorwaarden van een rechtsregel te schikken, wanneer de context, waarin zij zich bevinden, zulks maar enigszins mogelijk maakt.*”¹¹².

25. *Ontduikingsopzet als handeling gesteld met loutere*

¹⁰⁷. Vgl. N. APPERMONT, *Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen van buitenlandse trusts, onuitg.* doctoraats thesis Rechten UHasselt-Maastricht University, 2017, 762, nr. 1000; L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 47-48, nr. 67; J. ROSELETH en S. LANOTE, “Vruchtgebruikconstructie door cassatie gevrijwaard?”, *Vastgoed info* 2008, (15-29 februari 2008) (4) 5.

¹⁰⁸. V. SAGAERT, “Goederenrecht” in *Beginzelen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2014, 31, nr. 31; H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, Leuven, L. Wouters, 2004, 16, nr. 52; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, I, Luik, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, 27-28, nr. 25; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. V, Brussel, Bruylant, 1975, 729, nr. 822.

¹⁰⁹. F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français, onuitg.* doctoraats thesis Rechten Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 2008, nr. 316.

¹¹⁰. L. CORNELIS, “Zonder handen, zonder tanden: alles over rechtsregelontwijking” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (209) 227, nr. 30 en 241, nr. 49. Bv. m.b.t. het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel: G. VERSCHULDEN, I. BOONE, S. BROUWERS, L. DE SCHRIJVER en A. VAN THIENEN, “Overzicht van rechtspraak. Familierecht (2012-2016)”, *TPR* 2017, (655) 799, nr. 220: “*Het nastreven van een verblijfsvoordeel, een materieel voordeel of om het even welk huwelijksvoordeel is in se niet onrechtmatig of onverenigbaar met de werkelijke wil om te huwen, voor zover de aanstaande echtgenoten ook de bedoeling hebben een gebonden levensgemeenschap tot stand te brengen.*”

¹¹¹. L. CORNELIS, “Zonder handen, zonder tanden: alles over rechtsregelontwijking” in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (209) 227, nr. 30 en 241, nr. 49; F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français, onuitg.* doctoraats thesis Rechten Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 2008, nr. 279; J. HERBOTS, “Over het beleid van de rechter en de wetsontduiking. De creatie van de nieuwe overeenkomst van bezetting ter bede” in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (247) 265, nr. 18; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 311, nr. 254; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX en M. FABRE-MAGNAN, “Introduction générale” in *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 1994, 811, nr. 822; J. MOULY, *La fraude à la loi en droit du travail, onuitg.* doctoraats thesis Rechten Université de Limoges, 1979, 387; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe "fraus omnia corrumpit"*, Parijs, Dalloz, 1957, 95: “*L'habilité permise consiste à manœuvrer pour ne pas tomber sous le coup d'une règle impérative.*”; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parijs, LGDJ, 1949, 328, nr. 173: “*On ne saurait poser comme règle générale que nul ne peut par un acte volontaire échapper à l'application d'une disposition légale impérative. Le sujet de droit est en effet libre de se placer par un acte régulier dans telle ou telle situation légale, d'employer telle ou telle forme juridique. Il n'a pas à rendre compte des motifs qui lui font préférer une situation ou un acte déterminé.*”; L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, Parijs, Dalloz, 1928, 230-231, nr. 187: “*Nous demeurons libres de nous soustraire à l'application de règles, cependant impératives, en nous plaçant, de propos délibéré, dans une situation telle que ces règles ne nous atteignent pas.*” In het fiscaal recht: Cass. 6 juni 1961, *Pas.* 1961, I, p. 1082 (*Brepols*): “*Il n'y a ni simulation prohibée à l'égard du fisc, ni partant fraude fiscale, lorsque, en vue de bénéficier d'un régime fiscal plus favorable, les parties, usant de la liberté des conventions, sans toutefois violer aucune obligation légale, établissent des actes dont elles acceptent toutes les conséquences, même si la forme qu'elles leur donne n'est pas la plus normale.*”; Cass. 22 maart 1990, *Pas.* 1990, I, p. 849 (*Au Vieux Saint-Martin*); Cass. 20 december 1999, *RW* 2001-02, 285: “*Overwegende dat er geen sprake is van verboden veinzing ten aanzien van de fiscus, en dus evenmin van belastingontduiking, als de partijen de vrijheid van overeenkomst benutten om een voordeliger belastingregeling te genieten, zonder evenwel enige wettelijke verplichting te miskennen, en daarbij handelingen verrichten waarvan zij alle gevolgen aanvaarden, ook al worden die enkel en alleen gesteld om de belastingdruk te vermindere-*”; Cass. 27 januari 2012, *Rec.gén.enr.not.* 2013, 30; Cass. 4 december 2015, F.13.0165.F: “*Il n'y a ni simulation prohibée à l'égard du fisc ni, partant, fraude fiscale lorsque, en vue de bénéficier d'un régime fiscal plus favorable, les parties, usant de la liberté des conventions, sans toutefois violer aucune obligation légale, établissent des actes dont elles acceptent toutes les conséquences, même si ces actes sont accomplis à seule fin de réduire la charge fiscale.*”; L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 45, nr. 65; T. AFSCHRIF, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larquier, 2003, 7, nr. 1; T. DELAHAYE, *Le choix de la voie la moins imposée*, Brussel, Bruylant, 1977, 48, nr. 17; B. NAVATTE, “La fraude et l'habilité en droit fiscal”, *D.* 1951, (87) 87.

¹¹². L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 311, nr. 254.

doel te ontwijken (simulatie/verkeerde kwalificatie). Een alternatief criterium bestaat erin niet te kijken naar de doelstelling bij de keuze voor een bepaalde handeling (bv. erfpacht i.p.v. huur) maar bij het stellen van de ontwijkingshandeling zelf (bv. domiciliëring in het buitenland): wordt zij gesteld met de loutere (enige) doelstelling de rechtsregel te ontwijken, dan is er sprake van rechtsregelontduiking¹¹³. Los van het feit dat de ontwiking (in het privaatrecht) volgens mij nooit een doel op zich is (*supra*, randnr. 11), stel ik mij hier de vraag of het stellen van een handeling met de uitsluitende, enkele of loutere bedoeling om aan een bepaalde rechtsregel te ontsnappen, niet gewoon neerkomt op simulatie m.b.t. rechtshandelingen (voor zover men aanneemt dat de verbintenrechtelijke simulatieleer voorbehouden is aan rechtshandelingen) of een fictie m.b.t. rechtsfeiten *sensu stricto*. Hoe kan men immers alle rechtsgevolgen verbonden aan een bepaalde handeling aanvaarden en tegelijk de handeling enkel hebben gesteld met de bedoeling een andere rechtsregel te ontwijken? Van zodra men de rechtsgevolgen verbonden aan een bepaalde (rechts)handeling aanvaardt en de (rechts)handeling is juridisch juist gekwalificeerd, dan bestaan er naast de doelstelling om de betrokken rechtsregel via die handeling te ontwijken ook andere (gerechtvaardigde) bedoelingen, nl. de bedoeling om de rechtsgevolgen (specifiek) verbonden aan die (rechts)handeling teweeg te brengen. Zijn die bedoelingen er niet, dan hebben de partijen bij die handeling de rechtsgevolgen ervan niet willen aanvaarden of teweegbrengen en is er hoogstens sprake van simulatie (of fictie) of verkeerde kwalificatie¹¹⁴. In die zin oordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Leper dat de fictieve (gesimuleerde) leningsovereenkomsten enkel tot doel hadden om de verpachter extralegale pachtprijs te

doen verkrijgen en dus wetsontduiking uitmaakten¹¹⁵. De simulatie/fictie of verkeerde kwalificatie verbergt dan de overtreding van de rechtsregel waarvan de partijen de ontwiking beoogden. De ontwiking is dan mislukt. Van een autonoom ontduikingsverbod is hier dus, bij gebrek aan ontwiking, geen sprake.

b. Kwalitatieve bepaling ontduikingsopzet

26. *Ontduikingsopzet afgeleid uit artificieel karakter ontwijkingsgedrag of morele plicht rechtsregel na te leven (nuteloos en arbitrair)*. Uit het voorgaande blijkt dat het verbod op rechtsregelontduiking heel moeilijk te benaderen is vanuit het opzetvereiste alléén. Daarom wordt het ook wel eens benaderd vanuit het ontwijkingsgedrag waaruit het ontduikingsopzet (ter onderscheiding van het ontwijkingsopzet) wordt afgeleid. Men kan zich hierbij de vraag stellen wat nu nog het nut of de toegevoegde waarde is van het ontduikingsopzet indien men via het ontwijkingsgedrag de ontduiking al kan vaststellen¹¹⁶. Daarnaast ogen de voorgestelde opsporingscriteria van het ongeoorloofd ontwijkingsgedrag arbitrair.

Een deel van de rechtsleer verwijst naar het artificieel karakter van de ontwijkingshandeling¹¹⁷. Men kan zich eerst afvragen wat precies onder “artificieel” moet worden verstaan. Het recht, de juridische werkelijkheid, is steeds een vertaling van de feitelijke werkelijkheid en in die zin artificieel¹¹⁸. Het “abnormaal” karakter van een handeling is een subjectief en evolutief gegeven¹¹⁹. Het volstaat dat de handeling met voldoende regelmaat wordt herhaald opdat zij als “normaal” zou aanvoelen. Hetzelfde geldt m.b.t. zgn. “juridische ficties” die bepaalde “abnormale” rechtsgevolgen

¹¹³. Art. 18 WIPR: “Voor de bepaling van het toepasselijk recht in een aangelegenheid waarin partijen niet vrij over hun rechten kunnen beschikken, wordt geen rekening gehouden met feiten en handelingen gesteld met het enkele doel te ontsnappen aan de toepassing van het door deze wet aangewezen recht.”; Cass.fr. (civ.) 18 maart 1878, S. 1878, I, 193 (Bauffremont), noot J.-E. LABBE: “La demanderesse avait sollicité et obtenu cette nationalité nouvelle, non pas pour exercer les droits et accomplir les devoirs qui en découlent, en établissant son domicile dans l’Etat de Saxe-Altembourg, mais dans le seul but d’échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage, et d’aliéner sa nouvelle nationalité aussitôt qu’elle l’aurait acquise.”; Rb. Ieper 23 februari 1993, T.Not. 1994, 251, noot M.E. STORME; N. RAEMDONCK, “Het voorkeurecht van de pachter” in N. CARETTE (ed.), *Landpacht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (29) 31, nr. 5; O. HEEDER, *Fraus legis. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den Vorbehalt der Gesetzesumgehung in Deutschland, Österreich, der Schweiz, Frankreich und Belgien unter besonderer Berücksichtigung des Internationales Privatrechts*, Berlijn, Peter Lang, 1997, 218, § 11.

¹¹⁴. Cass. 21 juni 2001, *Pas.* 2001, I, nr. 385; Cass. 28 juni 1979, *RCJB* 1981, 332, noot R. VANDER ELST; F. RIGAUX en M. FALLON, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 2005, 217, nr. 5.73; dit blijkt ook uit de voorbereidende werken bij art. 18 WIPR: wetsvoorstel van 7 juli 2003 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat, buitengewone zitting 2003, nr. 3-27, 101 en 110; verslag van 20 april 2004 namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door mevrouw NYSENS en de heer WILLEMS, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, 46-47. *Contra*: P. WAUTELET, “La fraude en droit patrimonial international: le cas des successions internationales” in X, *Apparences, simulations, abus et fraudes*, Limal, Anthemis, 2015, (285) 295.

¹¹⁵. Rb. Ieper 19 september 2012, AR 11/251/A, *onuitg.*, p. 8, vonnis *a quo* Cass. 6 februari 2014, C.13.0127.N. (overeenkomstig art. 5 van de wet tot beperking van de pachtprijzen van 4 november 1969 (BS 25 november 1969), moeten de pachtprijzen aan de pachter op zijn verzoek worden terugbetaald voor zover zij het wettelijk bedrag overschrijden. Deze teruggave is volgens die bepaling evenwel slechts van toepassing op de vervallen en betaalde pachten van de 5 jaren die aan het verzoek voorafgaan. Om aan de wettelijke pachtprijs te ontsnappen, sluiten de partijen fictieve leningsovereenkomsten af. Het komt er op neer dat pachter en verpachter tegenover elkaar leningen toestaan voor telkens eenzelfde bedrag, waarbij de pachter op het bedrag dat hij “leent” van de verpachter, echter een rente moet betalen die de verpachter op het bedrag dat hij van de pachter “leent” niet moet betalen. Die rente maakt de extra pachtprijs uit).

¹¹⁶. F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 2008, nr. 324.

¹¹⁷. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Parijs, LGDJ, 2016, 143, nr. 176; P. MALAURIE, L. AYNÈS en P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Parijs, LGDJ, 2016, 362, nr. 654; M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, 141-143.

¹¹⁸. Vgl. F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 2008, nr. 330.

¹¹⁹. Vgl. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, 96, nr. 50.

verlenen aan situaties die afwijken van de normale juridische logica zoals bijvoorbeeld de regel *infans conceptus* en de roerendmaking door anticipatie¹²⁰. Het onderscheid tussen geoorloofde en ongeoorloofde rechtsregelontwijking louter laten afhangen van het “artificieel” of “abnormaal” karakter van het ontwijkgingsgedrag is dus arbitrair¹²¹.

Andere voorstanders van een subjectief ontduikingsverbod stellen dat de ontwijking een ontduiking wordt wanneer het rechtssubject de morele plicht had de rechtsregel na te leven¹²². Ook het moreel verplicht karakter van een rechtsregel lijkt een arbitrair criterium.

27. Ontduikingsopzet onderscheiden van ontwijkgingsopzet vormt kringredenering. Bestaat het onderscheid hierin dat de doelstelling bij het ontduikingsopzet erin bestaat de rechtsregel te ontduiken, wat iets anders zou inhouden dan zijn loutere ontwijking (het ontduikingsopzet verschilt in die opvatting van het ontwijkgingsopzet), dan vallen we terug op een kringredenering, zo niet een tautologie¹²³. Immers, om het aanwezige opzet als ontduikingsopzet te kunnen kwalificeren, moet men eerst nagaan of dit opzet geleid heeft tot de ontduiking van een rechtsregel. Men moet dus eerst weten of de voorliggende ontwijkgende handeling een ontduikingshandeling uitmaakt, vooraleer men tot een ontduikingsopzet kan besluiten. Het ontduikingsopzet is in die zin dus geen autonoom criterium voor de ontduikingskwalificatie¹²⁴.

28. Ontduikingsopzet als innerlijk of mentaal voorbehoud (onwerkzaam). Eén auteur heeft als onderscheidingscriterium geponeerd dat bij ontduiking de ontwijkgingshandeling reëel is (*préalable matériel objectivement réel*) maar de subjectieve wil van het ontwijkgende rechtssubject om de (rechts)gevolgen van de handeling te aanvaarden niet (*préalable matériel subjectivement irréel*). Bij geoorloofde ontwijking zijn zowel de ontwijkgingshandeling als de subjectieve wil reëel. Dit criterium zou daarnaast ook nog tot voordeel hebben het onderscheid tussen de ontduiking en de simulatie te duiden. Bij simulatie zijn zowel de ontwijkgingshandeling als de subjectieve wil van het ontwijkgende rechtssubject fictief¹²⁵. Dit criterium steunt op het onderscheid tussen de (uitdrukkelijke of stilzwijgende)¹²⁶ wilsverklaring (*déclaration of manifestation de volonté, Willenserklärung*), een op het intreden van rechtsgevolgen gerichte wilsuiting van een persoon¹²⁷, enerzijds, en louter mentaal of innerlijk voorbehoud (*réserve mentale, Geheimer Vorbehalt*), anderzijds¹²⁸. De wilsverklaring is oprecht omdat dit bij rechtshandelingen vereist is opdat zij reëel (d.i. niet gesimuleerd) zouden zijn¹²⁹. Op grond van het mentaal voorbehoud zou de ontduiking dus kunnen worden onderscheiden van de simulatie en de geoorloofde ontwijking.

Dit onderscheidingscriterium stuit op de grenzen van het (verbintenissen)recht. Aan een louter mentaal voorbehoud (*réserve mentale, Geheimer Vorbehalt*) wordt in ons recht

¹²⁰ H. KOHLER, *BGB. Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2015, 13, nr. 16; J. DE CONINCK, *De voorwaarde in het contractenrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 265, nr. 215; G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Parijs, LGDJ, 1997, 12, nr. 2.2.; R. DEKKERS, *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé*, Parijs, Sirey, 1935, 37, nr. 57 en 39, nr. 60.

¹²¹ In die zin ook: Luik 13 maart 2001, *JT* 2001, 547: “Comment mesurer le degré d'astuce et d'artifice de telle ou telle construction juridique pour déterminer s'il en résulte, selon les cas, un acte illicite ou non?”

¹²² G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parijs, LGDJ, 1949, 332, nr. 175; vgl. L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, Parijs, Dalloz, 1928, 227, nr. 185.

¹²³ F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 2008, nr. 242; M. KOZIOLEK, *Die Umgehungsregelung des Verbraucherkreditgesetzes*, Bayreuth, P.C.O., 1998, 25.

¹²⁴ Vgl. M.E. STORME, “Is het begrip wetsontduiking noodzakelijk om de opzegging van de pacht voor persoonlijke exploitatie te weigeren aan de koper van een vruchtgebruik voor het leven?” (noot onder Rb. Ieper 23 februari 1993), *T.Not.* 1994, (257) 258, nr. 3; R. WESTERHOFF, *Gesetzesumgehung und Gesetzeserschleichung, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Universität Hamburg, 1966, 140-141, § 151.

¹²⁵ E. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi. Etude de droit international privé de la famille*, Parijs, Defrénois, 2006, 261-263, nrs. 458-462.

¹²⁶ Een uitdrukkelijke wilsverklaring is een “gedraging, die geen ander doel heeft dan de wil tot het verklaarde te openbaren”. Een stilzwijgende wilsverklaring duidt op een “wilsopenbaring, die besloten ligt in een gedraging met een andere of ruimere bestemming dan alleen het openbaren van de wil”. De wilsverklaring kan mondeling of schriftelijk worden afgelegd (E.M. MEIJERS, *Algemene leer van het Burgerlijk Recht*, Deel I, *De algemene begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1958, 223).

¹²⁷ H. KOHLER, *BGB. Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2015, 37, nr. 5; E.M. MEIJERS, *Algemene leer van het Burgerlijk Recht*, Deel I, *De algemene begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1958, 211-213; H.F.A. VOLLMAR, *Nederlands burgerlijk recht. Handleiding voor studie en praktijk*, Deel I, Zwolle, Tjeenk Willink, 1951, 9, nr. 9; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Parijs, Sirey, 1951, 27, nr. 17; A. COLIN en H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. I, Parijs, Dalloz, 1930, 61. Vgl. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlijn, B.3, 1840, 6.

¹²⁸ F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 2008, nr. 323.

¹²⁹ Vgl. H. KOHLER, *BGB. Allgemeiner Teil*, München, Beck, 2015, 37, nr. 5; J. FLOUR, J.-L. AUBERT en E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, Parijs, Sirey, 2014, 67; L. CORNELIS, *o.c.*, 9, nr. 3; W. VAN GERVEN, “Algemeen deel” in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, E.Story-Scientia, 1987, 281-282, nr. 97; J.A. VAN DAMME, *Verbintenissenrecht*, Brussel, VUB, 1976, 19, nr. 37; W. FLUME, “Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten”, *AcP* 1962, (52) 58; E.M. MEIJERS, *Algemene leer van het Burgerlijk Recht*, Deel I, *De algemene begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1958, 211; H.F.A. VOLLMAR, *Nederlands burgerlijk recht. Handleiding voor studie en praktijk*, Deel I, Zwolle, Tjeenk Willink, 1951, 9, nr. 9; A. COLIN en H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. I, Parijs, Dalloz, 1930, 60-61; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, T. I, Parijs, LGDJ, 1925, 104, nr. 265; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. I, Parijs, Rousseau, 1923, 25, nr. 12. Zie in *Frankrijk*: art. 1100-1 C.civ. (nieuw): “Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.”

immers geen rechtsgevolgen verbonden (vgl. in Duitsland: § 116, Abs. 1 BGB¹³⁰)¹³¹.

29. *Ontduikingsopzet als bedrieglijk opzet (fraus omnia corrumpit).* Merk op dat de Nederlandse vertaling van het cassatiearrest van 14 november 2005 het ontduikingsopzet invult als het opzet om de dwingende wet of de wet die de openbare orde raakt, *bedrieglijk toe te passen*. Bestaat het

ontduikingsopzet in de ontwijking of de toepassing van een rechtsregel met als doel een derde te schaden (bedrieglijk opzet), volstaat dan weer een beroep op het algemene rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*¹³². In dat geval is het trouwens irrelevant of de rechtsregel van dwingend recht is of de openbare orde raakt: men kan zich nooit op zijn eigen bedrog beroepen¹³³.

E. BESLUIT

30. Met deze annotatie heb ik proberen aan te tonen dat uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie over de bezetting ter bede geen autonoom, subjectief ontduikingsverbod, noch een niet-autonoom ontduikingsverbod gesteund op de leer van de ongeoorloofde oorzaak kan worden afgeleid. Integendeel, uit die rechtspraak kan precies het tegenovergestelde worden afgeleid: het Hof hanteert een objectieve benadering van het ontduikingsverbod. De vereiste dat de bezetting ter bede niet mag zijn ingegeven vanuit de wil om de handels-huurwet te ontduiken, is een impliciete toepassingsvoorwaarde voor het uitzonderingsregime, gesteund op de *ratio legis* van de wet. Daarbij heb ik ook een poging gedaan om de mythe van het zgn. “*sui generi*”-karakter van de bezetting ter bede te doorprikken.

31. Ik ben in het kader van deze annotatie doelbewust niet dieper ingegaan op de vraag in welke mate een rechtsregel kan worden geïnterpreteerd. Daar ga ik binnen het kader van mijn proefschrift verder op in. Eén ding is zeker, *exceptio est non semper strictissimae interpretationis* ...

32. Omdat het Hof van Cassatie in 2005 toch lijkt te hebben aangenomen dat het ontduikingsverbod ook subjectief en autonoom kan worden ingevuld, ben ik, zonder de preten-tie te hebben exhaustief te zijn geweest, op zoek gegaan naar criteria ter invulling van het door het Hof vereiste “ontduikingsopzet”. Hieruit stel ik vast dat tot op vandaag de voorstellen ter invulling van dat opzet onbevredigend zijn om efficiënt en rechtszeker te worden toegepast¹³⁴.

Wordt vervolgd ...

^{130.} “*Ein Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält das Erklärte nicht zu wollen.*”

^{131.} P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, vol. 1, *Introduction. Sources des obligations (première partie)* in *De Page. Traité de droit civil belge*, T. II, Brussel, Bruylant, 2013, 415, nr. 263; M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 1994, 238, nr. 320; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, Brussel, Bruylant, 1964, 619, nr. 619, vn. 1 en 624, nr. 624, litt. A.

^{132.} C. CLOTTENS, *Proportionaliteit van stemrecht en risico in kapitaalvennootschappen, onuitg.* doctoraatsthesis Rechten KULeuven, 2012, 110-111, nr. 125, vn. 490. Over dit begrip: A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013; A. LENAERTS, “*Fraus omnia corrumpit* in het privaatrecht: autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme”, *RW* 2013-14, (362) 363, nrs. 2-3.

^{133.} A. LENAERTS, “De toepassing van het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* in het privaatrecht in kaart gebracht” in *Themis. Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (23) 23, nr. 1; A. VAN OEVEREN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht” in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (95) 137, nr. 35. Vgl. Cass. 23 januari 2015, C.13.0157.N., *Arr. Cass.* 2015, 206, Concl. VAN INGELGEM, *Juristenkrant* 2015 (weergave E. DE BOCK), afl. 304, 3, *Pas.* 2015, I, p. 206, *Rev.dr.étr.* 2015, 182, 16, noot P. WAUTELET, *RW* 2015-16, 1337, noot L. DESCHUYTENEER en E. MEHMETI: “*Het algemeen rechtsbeginsel ‘fraus omnia corrumpit’ staat eraan in de weg dat het bedrog de dader voordeel verschaft.*”

^{134.} Luik 13 maart 2001, *JT* 2001, 547: “*qu’il n’existe aucun fil conducteur précis permettant au juge de les appliquer avec une constance et une sécurité juridique suffisantes.*”