

imputée à celui-ci, y compris toute connaissance résultant d'un audit d'acquisition effectué par ou pour le compte de l'acquéreur ».

Il relève que « les éléments dénoncés dans l'appel à garantie du 7 septembre 2011 étaient parfaitement connus de [la demanderesse] lorsqu'elle a signé la convention du 22 juillet 2010 » en sorte que, lorsqu'elle « négocie puis signe [cette] convention, [...] elle sait pertinemment bien que figurent des déclarations des cédants qui ne sont pas conformes à la réalité et qui, compte tenu des garanties accordées par ceux-ci, ont pour conséquence que demain elle pourra reprendre d'une main ce qu'elle verse aujourd'hui aux cédants de l'autre main [...] alors que ces derniers peuvent croire légitimement [que le prix de cession] leur sera acquis, car chaque partie à la convention sait que les déclarations contenues dans celle-ci (y compris son annexe 4) ne sont pas conformes à la réalité et sait aussi que ce fait est connu de l'autre partie ». Il énonce encore que la « mauvaise foi [de la demanderesse] est d'autant plus patente qu'elle a pris soin d'insérer dans la convention l'article 7.3 [...] qui lui permet de faire appel aux garanties des cédants, alors même qu'elle pourrait connaître l'inexactitude des déclarations au terme d'une due diligence préalable à la cession des actions ».

Il considère que, « si les cédants avaient pu croire que [la demanderesse] allait solliciter l'exécution des garanties, ce

qui revenait à les obliger à restituer l'intégralité du prix, ils n'auraient jamais contracté avec [la demanderesse] » et que, « s'ils ont contracté aux conditions contenues dans la convention de cession d'actions, c'est parce qu'ils pouvaient légitimement s'attendre à ce que [la demanderesse] ne sollicite pas l'exécution des garanties contractuelles » en sorte que celle-ci « commet [...] un abus de droit en déjouant les attentes légitimes des cédants ».

L'arrêt, qui déduit un abus de la demanderesse du droit d'exécuter les garanties conventionnelles des circonstances ayant déterminé la naissance même de ce droit, viole la disposition légale précitée.

Le moyen est fondé.

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt cassé;

Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond;

Renvoie la cause devant la cour d'appel de Mons.

Noot

Wat niet is, kan niet verwerken: omstandigheden die het ontstaan van een recht voorafgaan mogen niet in rekening worden gebracht bij de beoordeling van (rechts)verwerking als toepassing van) rechtsmisbruik²

Stefan Somers³ en Sanne Jansen⁴

I. INLEIDING

1. Algemene situering – Het onderhavige arrest van het Hof van Cassatie van 20 december 2019 maakt duidelijk dat bij de beoordeling van rechtsverwerking (of het criterium van het gewettigd vertrouwen) als toepassing van het rechtsmisbruik geen rekening mag worden gehouden met omstandigheden die het ontstaan van het recht zelf voorafgaan. Dit arrest geeft aanleiding om de krijtlijnen waarbinnen de verguisde figuur van de rechtsverwerking zich mag bewegen opnieuw scherp te stellen.

2. Feiten en procedure ten gronde – Uit het cassatieverzoekschrift dat bij het geannoteerde arrest is gevoegd, blijkt dat het bodemgeschil betrekking heeft op een overdracht van aandelen van P.D. en B.V. (verweerders in cassatie) aan de NV Abacus Group (eiseres in cassatie) bij overeenkomst van 22 juli 2010. In deze overeenkomst werden aandelen van verschillende vennootschappen van de Duro Home-groep overgedragen. Volgens de NV Abacus Group was aan deze aandelenoverdracht een *due diligence* voorafgegaan, maar geen volledige financiële en juridische audit. Hierdoor zou

² De auteurs wensen S. Van Loock (advocaat en vrijwillig wetenschappelijk medewerker Instituut voor Verbintenissenrecht KULeuven) te bedanken voor diens nazicht en suggesties.

³ Docent Verbintenissenrecht, VUB en rechter in de ondernemingsrechtbank te Antwerpen (deze bijdrage is in persoonlijke naam geschreven).

⁴ Vrijwillig wetenschappelijk medewerker, Instituut voor Verbintenissenrecht, KULeuven en referendaris bij het Hof van Cassatie (deze bijdrage is in persoonlijke naam geschreven).

de NV Abacus Group tijdens de onderhandelingen verregaande waarborgen hebben gevraagd, welke in artikel 7.3 van de overeenkomst werden opgenomen⁵. Na de aandelenoverdracht bleek, volgens de NV Abacus Group, dat P.D. en B.V. het passief van verschillende vennootschappen van de Duro Home-groep hadden ondergewaardeerd, de stock van één van de vennootschappen hadden ondergewaardeerd en het actief van enkele vennootschappen hadden overgewaardeerd. De NV Abacus Group beriep zich dan ook op de waarborgen om de gehele verkoopprijs van P.D. en B.V. terug te vorderen en stelde hen op 7 september 2011 in gebreke.

De appelrechters wijzen de vordering van de NV Abacus Group uiteindelijk af op basis van het verbod op rechtsmisbruik⁶. Het hof van beroep gaat uitvoerig in op de *due diligence* die aan het sluiten van de overeenkomst voorafging en op basis waarvan op 8 juli 2010 een ontwerprapport (“*projet de rapport*”) werd opgesteld. Het hof van beroep oordeelt ten eerste dat dit document niet definitief was. Zo vermeldde het document zelf dat het nog moest worden voorgelegd aan de aandeelhouders van de Duro Home-groep, van wie de eventuele opmerkingen nog niet waren geïntegreerd. Verder had de NV Abacus Group in een schrijven aan haar bank gesteld dat de waardering van de vennootschappen van de Duro Home-groep niet alleen moest worden gebaseerd op de *due diligence*, maar ook op verschillende bijkomende gegevens zoals de vele geschillen met klanten en de slechte solvabiliteit van haar schuldenaars (waarvan er enkele failliet waren). Mede hieruit leiden de appelrechters af dat de NV Abacus Group beter op de hoogte was van de situatie van de Duro Home-groep dan dat ze deed uitschijnen. Zo zou ook uit het voornoemde schrijven aan de bank zijn gebleken dat de vorderingen van de Duro Home-groep op een Pools zusterbedrijf ten belope van 210.000 EUR moesten worden verminderd naar 0 EUR. Ook wijst het hof van beroep erop dat uit het ontwerprapport zelf al blijkt dat de reële waarde van de Duro Home-groep in werkelijkheid lager lag dan geschat. Tot slot bemerken de appelrechters dat de NV Abacus Group op geen enkele manier kan verklaren waarom zij pas in de loop van 2011, en dus na de aandelenoverdracht, vaststelde dat er problemen waren met de wijze waarop de Duro Home-groep was gewaardeerd, en niet reeds tijdens de *due diligence*. Op basis van deze gegevens oordeelt het hof van beroep “*que les éléments dénoncés dans l’appel à garantie du 7 septembre 2011 étaient parfaitement connus de la demanderesse* [de

NV Abacus Group] *lorsqu’elle a signé la convention le 22 juillet 2010*” en nog dat de NV Abacus Group “*savait que les déclarations des cédants [P.D. en B.V.] contenues dans la convention et l’annexe 4 n’étaient pas conformes à la réalité et que les cédants savaient qu’elle le savait*”. Omdat de NV Abacus Group aldus wist dat de waarderingen van de vennootschappen van de Duro Home-groep, zoals die in de overeenkomst van 22 juli waren opgenomen, niet overeenstemden met de realiteit, en omdat P.D. en B.V. wisten dat de NV Abacus Group hiervan op de hoogte was, konden P.D. en B.V. volgens het hof van beroep er bij het sluiten van de overeenkomst rechtmatig op vertrouwen dat de NV Abacus Group nooit een beroep op de waarborgen zou doen. Door dit wel te doen, heeft zij volgens het hof van beroep misbruik gemaakt van haar contractuele rechten.

3. Het geannoteerde arrest – Tegen dit arrest stelt de NV Abacus Group een cassatievoorziening in. In het tweede middel voert zij een schending van artikel 1134, eerste en derde lid BW en het algemene rechtsbeginsel van het verbod op rechtsmisbruik aan. Het Hof van Cassatie oordeelt dat dit middel gegrond is. Het Hof herinnert eraan dat rechtsmisbruik bestaat uit de uitoefening van een recht op een wijze die kennelijk de grenzen van de normale uitoefening van dat recht door een bedachtzaam en voorzichtig persoon te buiten gaat. Vervolgens stelt het Hof dat de rechter, bij de beoordeling van de aanwezige belangen, rekening moet houden met de omstandigheden rond de uitvoering van een contractueel recht, maar dat hij daarbij geen rekening mag houden met de omstandigheden die aan het *ontstaan* van het recht zijn *voorafgegaan*. Doordat de appelrechters in hun arrest rekening hadden gehouden met de omstandigheden dat de NV Abacus Group al *vóór* het sluiten van de desbetreffende overeenkomst wist dat de verklaringen waarvoor P.D. en B.V. zich garant stelden niet met de realiteit overeenstemden en ze oordeelden dat de NV Abacus Group te kwader trouw was geweest door aan te dringen op de opname van de garanties in de overeenkomst en dat P.D. en B.V. bij het sluiten van de overeenkomst er rechtmatig op konden vertrouwen dat de NV Abacus Group zich niet op de contractuele garanties zou beroepen, houdt het hof van beroep te Luik bij de beoordeling van een misbruik van een contractueel recht rekening met omstandigheden die zich voordeden *vóór het ontstaan van dat recht*. Op die manier schenden de appelrechters artikel 1134, eerste en derde lid BW.

II. RECHTSVERWERKING ALS BIJZONDER TOEPASSINGSGEVAL VAN RECHTSMISBRUIK

4. Het geannoteerde arrest en de rechtsverwerking – Wanneer we nader ingaan op de overwegingen van het hof van beroep te Luik⁷, blijkt dat de appelrechters bijzondere

aandacht besteden aan de rechtsverwerking en het criterium van het beschamen van het rechtmatig vertrouwen. De appelrechters oordeelden immers dat de NV Abacus Group

⁵ De auteurs beschikken niet over de exacte inhoud van deze bepaling, welke niet uit het cassatieverzoekschrift blijkt.

⁶ Luik 23 oktober 2018, nr. 2017/RG/992, *onuitg.*

⁷ *Cf.* de omstandige weergave van dit arrest in het cassatieverzoekschrift.

bij P.D. en B.V. het legitiem vertrouwen hadden gewekt dat zij zich niet op de garantie zouden beroepen, en dat zij door alsnog een beroep op dit recht te doen, rechtsmisbruik pleegden. Daarbij gaven zij aan dat het criterium van het beschamen van het rechtmatig vertrouwen is ontwikkeld in het kader van de rechtsverwerking welk beginsel als zodanig niet wordt erkend, maar wel impliciet kan worden toegepast in het kader van het verbod op rechtsmisbruik. Door vervolgens alleen te beoordelen of een rechtmatig vertrouwen is geschokt, lijken de appelrechters dit als een bijzonder criterium van het verbod op rechtsmisbruik te beschouwen.

Het Hof van Cassatie verbreekt dit arrest zonder op enige manier gewag te maken van de rechtsverwerking of het vertrouwensbeginsel als bijzonder criterium van het verbod op rechtsmisbruik. Het verwijst daarentegen gewoon naar het algemene criterium van het verbod op rechtsmisbruik. Hierdoor wekt het de indruk, althans op het eerste gezicht, dat het de rechtsverwerking of het criterium van het beschamen van het rechtmatig vertrouwen als bijzonder criterium van het verbod op rechtsmisbruik verwerpt. In wat volgt, zullen we evenwel aantonen dat een gevolgtrekking in die zin voorbarig zou zijn, maar dat er wel andere lessen uit het arrest kunnen worden getrokken.

5. Het begrip rechtsverwerking – Met de term “rechtsverwerking” wordt bedoeld dat aan de titularis van een subjectief recht (volledig of gedeeltelijk) het recht wordt ontzegd om op dat recht een beroep te doen wanneer hij – zon-

der uitdrukkelijk of stilzwijgend afstand te willen doen – vrijwillig een houding aanneemt die objectief onverenigbaar is met de uitoefening van dat recht en waarbij de wederpartij, bij het bepalen van haar eigen gedrag, in rechtmatig vertrouwen op de houding van de titularis van dat recht kon voortgaan⁸. Daarbij speelt, in tegenstelling tot de afstand van recht⁹, de bedoeling van de titularis van het recht geen rol¹⁰. Ook is geen foutief gedrag van de titularis vereist¹¹. Hoewel de meeste toepassingen van rechtsverwerking zich voordoen doordat een partij stilzit, doet ook het louter stilzitten als zodanig de rechtsverwerking niet intreden¹². Aan de basis van de rechtsverwerking ligt de houding van de titularis van het recht: de rechter moet immers nagaan of er omstandigheden zijn waaruit kan worden afgeleid dat de houding (meestal in de vorm van een stilzitten) van de titularis van het recht onverzoenbaar is met de uitoefening van dat recht door een bedachtzaam en voorzichtig persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst¹³.

6. Het traject van de rechtsverwerking in de rechtspraak – De rechtsverwerking kende vanaf de jaren 80 een zekere opmars in de doctrine¹⁴ en in de lagere rechtspraak¹⁵, maar werd door het Hof van Cassatie niet als autonoom rechtsbeginsel erkend¹⁶. Sinds het arrest van 17 mei 1990 kan er immers slechts sprake zijn van de matigende werking van de goede trouw in het contractenrecht wanneer *rechtsmisbruik* aanwezig is¹⁷. Een autonome koppeling van de rechtsverwerking aan de matigende werking van de goede trouw werd aldus afgewezen: “*dat er [...] geen algemeen*

8. P. BAZIER, “La renonciation à un droit et la *rechtsverwerking* en droit privé” in *Chronique de jurisprudence sur les causes d’extinction des obligations (2000-2013)*, Brussel, Anthemis, 2014, (137) 176-180; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 136; S. STIJNS, “La ‘rechtsverwerking’: dix ans déjà” (noot onder Rb. Namen 19 december 1988), *RRD* 1990, (201) 207-213; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbindenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 650.
9. S. JANSEN, “Afstand van recht: een eenzijdige rechtshandeling” (noot onder Cass. 24 december 2009), *TBBR* 2011, (333) 338; P. VAN OMMESLAGHE, “Rechtsverwerking en afstand van recht”, *TPR* 1980, (735) 736-738; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité*, II, *Les obligations*, III, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 1616.
10. R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek Burgerlijk Recht*, Deel III, *Verbindenissen. Bewijsleer. Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 376.
11. P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité*, II, *Les obligations*, III, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 1616; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbindenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 996.
12. S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2020, 137; M. STORME, “Rechtsverwerking na de cassatiearresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990: nog springlevend”, *RW* 1990-91, (1073) 1075.
13. P. BAZIER, “La renonciation à un droit et la *rechtsverwerking* en droit privé” in *Chronique de jurisprudence sur les causes d’extinction des obligations (2000-2013)*, Brussel, Anthemis, 2014, (137) 177.
14. Bv. P. VAN OMMESLAGHE, “Rechtsverwerking en afstand van recht”, *TPR* 1980 (735) 754 *et seq.*; S. STIJNS, “La ‘rechtsverwerking’: dix ans déjà” (noot onder Rb. Namen 19 december 1988), *RRD* 1990, (201) 207-213. Dit gebeurde naar aanleiding van een jaarvergadering van 23 en 24 november 1979 van de Vereniging voor Vergelijking van het Recht in België en Nederland; zie: H. BOCKEN, “Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Vergelijking van het Recht in België en Nederland. Verslag van de afdeling Privaatrecht”, *RW* 1979-80, 1571-1572. Een deel van de rechtsleer kante zich echter tegen de erkenning van de rechtsverwerking: I. MOREAU-MARGREVE, “‘Rechtsverwerking’, réflexions pour un requiem” (noot onder Cass. 17 mei 1990), *Ann.dr.Lg.* 1990, 286-291; I. MOREAU-MARGREVE, “A propos de la *rechtsverwerking*: une procession d’Echternach?”, *Act.dr.* 1991, 205-209; J. HEENEN, “A propos de l’extinction d’un droit subjectif par suite du comportement de son titulaire” (noot onder Cass. 17 mei 1990), *RCJB* 1990, 599-609.
15. Voor een overzicht tot 1995, zie: S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 706.
16. Cass. 17 mei 1990, AR 8685, *Arr.Cass.* 1989-90, 1188, *JT* 1990, 442, *Pas.* 1990, I, 1061, *RCJB* 1990, 595, noot J. HEENEN, *RW* 1990-91, 1085, *T.Not.* 1990, 402, noot en *TBH* 1991, 207, noot S. CNUDE. Vgl. in dezelfde zin: Cass. 6 december 1991, AR 7367, *Arr.Cass.* 1991-92, 315 en *Pas.* 1992, I, 266; Cass. 20 februari 1992, AR 9050, *Arr.Cass.* 1991-92, 583, *JLMB* 1992, 530, *JT* 1992, 454, noot en *Pas.* 1992, I, 549; Cass. 1 oktober 1993, AR 7992, *Arr.Cass.* 1993, 787, *Pas.* 1993, I, 777, *RW* 1995-96, 236 en *T.Not.* 1994, 385; Cass. 6 november 1997, AR C.96.0120.N, *Arr.Cass.* 1997, 1092, *Pas.* 1997, I, 1144, *RW* 1999-2000, 707, *T.Not.* 1999, 258, noot en *TBBR* 1998, 250.
17. P.-A. FORIERS, “Observations sur le thème de l’abus de droit en matière contractuelle” (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (185) 206; S. STIJNS, “La ‘rechtsverwerking’ fin d’une attente (dé)raisonnable?”, *JT* 1990, 685-690; A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)”, *RW* 2004-05, (1641) nr. 12.

rechtsbeginsel bestaat dat zegt dat een subjectief recht tenietgaat of althans niet meer kan worden aangevoerd wanneer de houder van dat recht, zonder vrijwillig uitdrukkelijk of stilzwijgend ervan afstand te doen, een houding aanneemt die objectief onverenigbaar is met dat recht, waardoor hij aldus het gewettigd vertrouwen van de schuldenaar en van derden misleidt". Toch bleef de rechtsverwerking steeds "sluimerend" voortbestaan. Een eerste strekking in de lagere rechtspraak wendde de rechtsverwerking *expliciet* aan als een toepassingsgeval van het verbod op rechtsmisbruik¹⁸. Een tweede strekking in de lagere rechtspraak wees de rechtsverwerking af als algemeen rechtsbeginsel (of verwees er zelfs helemaal niet naar), maar wendde de figuur vervolgens wel *impliciet* aan onder het algemene criterium van het rechtsmisbruik¹⁹. Doordat het Hof van Cassatie in het voornoemde arrest van 17 mei 1990 overwoog dat partijen de mogelijkheid hebben om een recht niet onmiddellijk uit te oefenen, tenzij het recht verjaart of er sprake zou zijn van rechtsmisbruik, sloot het Hof een toepassing van de rechts-

verwerking in het kader van het rechtsmisbruik immers niet uit²⁰. In de lijn met de tweede strekking in de lagere rechtspraak paste het Hof van Cassatie, na een eerste relatief onopgemerkt aanzet²¹, de rechtsverwerking in een arrest van 1 oktober 2010 *impliciet* toe als een toepassing van het rechtsmisbruik²². Deze werkwijze kreeg opnieuw gehoor in de feitenrechtspraak²³.

7. Het criterium – Dat het Hof van Cassatie de rechtsverwerking in zijn arrest van 1 oktober 2010 impliciet toepaste onder de noemer van het verbod op rechtsmisbruik, zonder ook maar naar de figuur te verwijzen, moet blijken doordat de feiten die de bodemrechters aanhaalden neerkomen op de voorwaarden van de rechtsverwerking²⁴ en het Hof van Cassatie ze kwalificeerde als rechtsmisbruik. Jammer genoeg reikte het Hof daarbij zelf geen criteria aan. In de rechtsleer rees dan ook de vraag of de rechtsverwerking te beschouwen is als een bijzonder criterium van het verbod op rechtsmisbruik²⁵.

- ¹⁸. Zie bv.: Gent 13 februari 2006, *RW* 2007-08, 1456; Luik 3 mei 2000, *TBBR* 2003, 597, noot F. CORYN; Luik 4 december 1998, *JLMB* 1999, 1732 en *RRD* 1999, 129; Voorz. Kh. Oudenaarde 1 september 2009, *RW* 2010-11, 29; Kh. Dendermonde 4 april 2008, *DAOR* 2009, afl. 89, 56, noot; Rb. Antwerpen 14 maart 2006, *RW* 2007-08, 115; Rb. Gent 18 december 2000, *RW* 2002-03, 751.
- ¹⁹. Gent 16 januari 2009, *TGR-TWVR* 2009, 86; Luik 17 juni 2002, *TBBR* 2003, 446, noot K. VANDERSCHOT; Antwerpen 11 februari 1998, *AJT* 1998-99, 132 en *TBBR* 1999, 202; Rb. Antwerpen 22 december 2009, *RW* 2010-11, 290, noot. Zie ook: Gent 6 september 2010, *RABG* 2013, 1158, *RW* 2011-12, 451, noot en *TGR-TWVR* 2011, 8 (met verwijzing naar de schending van de goede trouw en het rechtmatig vertrouwen); Gent 6 januari 2010, *NJW* 2012, 728.
- ²⁰. P.-A. FORTIERS, "Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle", *RCJB* 1994, (189) 237; M. STORME, "Rechtsverwerking na de cassatiearresten van 17 mei 1990 en 16 november 1990: nog springlevend", *RW* 1990-91, (1073) 1074; S. STIJNS, "La 'rechtsverwerking': fin d'une attente (dé)raisonnable?", *JT* 1990, (685) 688-689; K. VANDERSCHOT, "Rechtsverwerking en rechtsmisbruik: een stand van zaken, in het bijzonder met betrekking tot de opeising van verwijlinteressen" (noot onder Luik 17 juni 2002), *TBBR* 2003, (448) 452; P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité*, II, *Les obligations*, III, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 1619.
- ²¹. Cass. 20 oktober 2006, [zonder vermelding van rol nr.], *RW* 2008-09, 1661 (de eiseres, die de wanbetaling van de verweerder 10 jaar lang zonder formeel protest duldde en nu aanspraak maakt op tal van vergoedingen ingevolge wanbetaling, kon deze wanbetaling niet zonder duidelijke voorafgaande nieuwe afspraken of ingebrekestellingen plotseling gaan beschouwen als grond tot onmiddellijke beëindiging van de overeenkomst. Door aldus art. 11 van de algemene verkoopvoorwaarden *niet* toe te passen, miskennen de appelrechters de verbindende kracht van de overeenkomst niet en schenden zij de art. 1134 en 1183 BW niet).
- ²². Cass. 1 oktober 2010, AR C.09.0565.N, *Arr. Cass.* 2010, 2385, *Pas.* 2010, I, 2470, *RW* 2011-12, 142, noot S. JANSEN en S. STIJNS, *TBBR* 2012, 387, noot P. BAZIER en *TBH* 2011, 77.
- ²³. Zie bv.: Antwerpen 23 december 2011, *RABG* 2012, 2016, noot J. VAN DONINCK ("Rechtsverwerking of verjaring van het geding: misbruik van procesrecht op een tweesprong"); Antwerpen 12 januari 2011, *P&B* 2011, 220; Gent 8 oktober 2014, *NJW* 2015, 919, noot P. BRULEZ; Beslagr. Gent 22 november 2011, *NJW* 2012, 478, noot A.V.; Vred. Waver 27 juni 2017, *T.Vred.* 2019, 359. Zie ook in deze zin (geen sprake van rechtsmisbruik en dus ook niet van rechtsverwerking): Gent 12 oktober 2011, *TBBR* 2016, 168; Antwerpen 15 oktober 2012, *TBBR* 2016, 224; Rb. Brussel 8 september 2011, *Res Jur. Imm.* 2011, 284; Kh. Leuven 28 november 2017, *RW* 2018-19, 1272; Vred. Aalst 19 mei 2015, *T.Vred.* 2016, 479; Vred. Genk 22 maart 2011, *T.Vred.* 2013, 66. Zie ook (louter stilzitten doet rechtsverwerking niet intreden): Brussel 18 juni 2013, *RW* 2014-15, 1544, noot. Vgl. Antwerpen 25 februari 2015, *TBBR* 2018, 108 (rechtsverwerking is geen algemeen rechtsbeginsel, zonder verdere verwijzing naar het verbod op rechtsmisbruik).
- ²⁴. Daarnaast oordeelde het Hof van Cassatie dat de toegepaste vorm van rechtsmisbruik moet worden onderscheiden van de stilzwijgende afstand van recht. Dit wijst op een toepassing van de rechtsverwerking omdat de rechtsleer ook eerder al benadrukte dat de stilzwijgende afstand van recht en de rechtsverwerking van elkaar moeten worden onderscheiden, terwijl de noodzaak van dergelijk onderscheid tussen rechtsmisbruik en de stilzwijgende afstand van recht voordien nooit werd gemaakt: S. JANSEN en S. STIJNS, "Rechtsverwerking aanvaard als toepassing van rechtsmisbruik?" (noot onder Cass. 1 oktober 2010), *RW* 2011-12, (143) 147.
- ²⁵. Klassiek onderscheidt men eerst en vooral een "algemeen criterium" van het verbod op rechtsmisbruik, hetgeen ook in het geannoteerde arrest wordt aangehaald: "Rechtsmisbruik bestaat in de uitoefening van een recht op een wijze die kennelijk de grenzen van de normale uitoefening van een recht door een voorzichtig en oplettend persoon te buiten gaat." Daarnaast onderscheidt de rechtsleer een exemplatieve lijst van "bijzondere criteria", die slechts toepassingen van het algemene criterium verwoordt. De erkende bijzondere criteria van rechtsmisbruik zijn: (1) handelen met het exclusief oogmerk om te schaden, (2) handelen zonder een redelijk en voldoende belang, terwijl men schade berokkent (3) indien er verschillende uitoefeningswijzen zijn met eenzelfde nut om het recht uit te oefenen, die uitoefening van zijn recht kiezen die het meest schadelijk is of welke het algemeen belang schaadt en ten slotte het (4) proportionaliteitscriterium. In de doctrine gaan er sinds geruime tijd stemmen op om een 5de bijzonder criterium te aanvaarden, nl. het beschamen van het legitieme vertrouwen (zie ook vn. 28). Zie bv. uitgebreid over deze criteria: S. STIJNS en F. AUVRAY, "Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat: critères et sanctions" in M. DUPONT (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, (270) 279-298.

Volgens Bazier en Wéry moet de rechtsverwerking als een bijzonder criterium van het rechtsmisbruik worden beschouwd²⁶. In een annotatie onder het arrest van 1 oktober 2010 zijn één van de auteurs van deze noot en Stijns deze mening eveneens toegedaan²⁷. Zij menen dat de rechtsverwerking in dit arrest als een bijzonder criterium invulling geeft aan het algemene criterium van het rechtsmisbruik, maar sluiten niet uit dat het Hof misschien toetste aan het ruimere bijzondere criterium “van het beschamen van het legitieme vertrouwen”²⁸.

Foriers, Vansweevelt en Weyts bekritiseren deze benadering²⁹. Zij stellen dat de voornoemde auteurs rechtsverwerking te snel vooropstellen als een “nieuwe vorm” van rechtsmisbruik. Vansweevelt en Weyts wijzen er in die zin op dat de rechtsverwerking van het verbod op rechtsmisbruik verschilt doordat het rechtsmisbruik een fout vereist, een marginale toetsing betreft en niet tot de verbeuring van een recht kan leiden. Bij rechtsverwerking is daarentegen geen fout vereist, heeft de rechter een volledige bevoegdheid en kan (volgens sommige auteurs) het recht “verbeuren”. Vanwege deze verschilpunten menen zij dat de toepassing van de rechtsverwerking moet worden beperkt tot de gevallen die aan de voorwaarden van het rechtsmisbruik voldoen. De toepassing van rechtsverwerking in het kader van het verbod op rechtsmisbruik vereist volgens hen dat de rechter beoordeelt of de titularis van het recht dit recht heeft uitgeoefend op een manier die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de uitoefening door een bedachtzaam en voorzichtig persoon³⁰. Door de uitoefening van rechtsverwerking te beperken tot situaties waarin sprake is van rechtsmisbruik, en dus van een fout, lijken zij vooral te willen voorkomen dat de rechtsverwerking een al te hoge vlucht zou nemen³¹. Doordat in het geannoteerde arrest het Hof van Cassatie het arrest van het hof van beroep te Luik verbreekt en daarbij alleen naar het algemene criterium van rechtsmisbruik verwijst, lijkt het

Hof zich op het eerste gezicht bij deze laatste strekking aan te sluiten.

Het verschil tussen beide strekkingen moet echter niet zo scherp worden gesteld als de kritieken van Foriers, Vansweevelt en Weyts doen vermoeden. Ook de auteurs die menen dat de rechtsverwerking een bijzonder criterium van rechtsmisbruik uitmaakt, menen o.i. dat de rechter moet beoordelen of de titularis van het recht dit recht heeft uitgeoefend op een manier die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening ervan door een zorgvuldig persoon en toetsen aldus aan het algemene criterium van het verbod op rechtsmisbruik. Zo stellen Wéry en Bazier dat de rechter bij de toets aan het bijzondere criterium van de rechtsverwerking in de eerste plaats moet nagegaan “*que le titulaire du droit le met en œuvre d’une façon qui est manifestement incompatible avec l’usage normal qu’en ferait une personne raisonnable*”³². Bazier merkt ook op dat het in deze context overbodig is om van een fout te spreken omdat de rechtsverwerking een toepassingsgeval is van het rechtsmisbruik en het rechtsmisbruik een variatie is van de fout³³. Eén van de auteurs van deze annotatie en Stijns stellen dan weer dat rechtsverwerking een *specificering* of een *toepassing* van het algemene criterium uitmaakt³⁴. Zij huldigen de idee dat wanneer aan de voorwaarden van de rechtsverwerking is voldaan, er ook aan het algemene criterium van het rechtsmisbruik dient te worden voldaan. Ze schoeien aldus de rechtsverwerking op dezelfde leest als rechtsmisbruik, waarbij uiteraard steeds getoetst moet worden aan het algemene criterium, waarvan de rechtsverwerking als specifiek criterium slechts een verbijzondering is.

Het wetsvoorstel tot invoeging van een nieuw Boek 5 “Verbintenissen”³⁵ in het NBW vertrekt van hetzelfde uitgangspunt. In het nieuw BW wordt de rechtsverwerking niet als zodanig erkend en ook niet expliciet als bijzonder criterium

26. P. BAZIER, “Abus de droit, rechtsverwerking et sanction de l’abus de droit” (noot onder Cass. 1 oktober 2010 en Cass. 6 januari 2011), *TBBR* 2012, (393) 395; P. BAZIER, “La renonciation à un droit et la *rechtsverwerking* en droit privé” in *Chronique de jurisprudence sur les causes d’extinction des obligations (2000-2013)*, Brussel, Anthemis, 2014, (137) 171-172; P. WERY, *Droit des obligations*, II, Brussel, Larcier, 2016, 765.

27. S. JANSSEN en S. STIJNS, “Rechtsverwerking aanvaard als toepassing van rechtsmisbruik?” (noot onder Cass. 1 oktober 2010), *RW* 2011-12, (143) 147. Zie ook: S. STIJNS, “La résilience de la *rechtsverwerking*”, *JT – Hommage à Pierre Van Ommeslaghe* 2018, (582) 585-586.

28. Het moet worden opgemerkt dat in de rechtsleer al langer stemmen opgaan om het beschamen van het legitieme vertrouwen als een bijzonder criterium van rechtsmisbruik te erkennen: S. STIJNS en I. SAMOY, “La confiance légitime en droit des obligations” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen*, Brugge, die Keure, 2007, (47) nrs. 22 en 83; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 707; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 102-103 en 643-644 (zie later in W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 100, vn. 131 (voorzichtiger) en 652-653 (uitgebreider)) en P. WERY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, nr. 114.

29. P.-A. FORIERS, “Les incombances en droit positif belge. L’exemple d’une notion à bannir” in *Le droit du travail au XXI^e siècle (Liber Amicorum Claude Wantiez)*, Brussel, Larcier, 2015, (566) 571-572; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 999.

30. Zie ook in deze zin: W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, I, in *Beginnelen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, E.Story-Scientia 1987, 164; G. VAN MALDEREN en N. PEETERS, “Rechtsverwerking” in *Bestendig handboek Verbintenissenrecht*, Vol. 3, afl. 21 (pagina met verwijzing naar januari 2014) 44.

31. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 1000.

32. P. BAZIER, “La renonciation à un droit et la *rechtsverwerking* en droit privé” in *Chronique de jurisprudence sur les causes d’extinction des obligations (2000-2013)*, Brussel, Anthemis, 2014, (137) 177; P. WERY, *Droit des obligations*, II, Brussel, Larcier, 2016, 766.

33. P. BAZIER, “La renonciation à un droit et la *rechtsverwerking* en droit privé” in *Chronique de jurisprudence sur les causes d’extinction des obligations (2000-2013)*, Brussel, Anthemis, 2014, (137) 182.

34. S. JANSSEN en S. STIJNS, “Rechtsverwerking aanvaard als toepassing van rechtsmisbruik?” (noot onder Cass. 1 oktober 2010), *RW* 2011-12, (143) 146-147; S. STIJNS, “La résilience de la *rechtsverwerking*”, *JT – Hommage à Pierre Van Ommeslaghe*, 2018, (582) 586.

35. *MvT* wetsvoorstel van 16 juli 2019 tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 0174/001, 17.

van het rechtsmisbruik omschreven. Het verbod op rechtsmisbruik wordt in artikel 5.7 ingeschreven met alleen een verwijzing naar het algemene criterium. De *memorie van toelichting* vermeldt evenwel dat het verbod op rechtsmisbruik kan worden toegepast “*bij de uitoefening van een recht dat objectief gezien onverenigbaar is met het gedrag van de titularis, waarmee hij het gewettigd vertrouwen beschaamt dat hij bij de ander deed ontstaan*”.

Ten slotte dient opgemerkt te worden dat één van de auteurs van deze noot en Stijns van de assumptie vertrekken dat een normaal vooruitziend en zorgvuldig persoon een contractueel recht kennelijk niet uitoefent nadat hij voordien een houding aannam die objectief onverenigbaar is met de uitoefening van dat recht en die bij de wederpartij het rechtmatig vertrouwen heeft gewekt dat hij het niet meer zou uitoefenen. Volgens Vansweevelt en Weyts moet de rechter op basis van het algemene criterium van het rechtsmisbruik nagaan of de titularis van het recht, nadat hij het vertrouwen heeft gecreëerd dat hij het niet meer zal uitoefenen, dat recht uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen van een normale rechtsuitoefening door een normaal zorgvuldig persoon heeft overschreden³⁶. In beide gevallen is de hamvraag of de houding uit het verleden “objectief onverenigbaar” is met de uitoefening van het recht. De vraag of men dit als een bijzonder criterium moet beschouwen of niet, lijkt weinig invloed te hebben op de beoordeling door de rechter. In beide gevallen zal niet worden aangenomen dat een louter niet uitoefenen volstaat³⁷ en zullen daarentegen bijkomende elementen of bijzondere concrete omstandigheden vereist zijn.

8. De gevolgen of sanctie – De rechtsleer heeft nooit een consensus bereikt over wat de gevolgen van rechtsverwerking zouden zijn. Waar een deel van de rechtsleer vooropstelde dat de rechtsverwerking moet leiden tot het verlies of het verval van het recht³⁸, stelt een ander deel van de rechtsleer dat de toepassing van de rechtsverwerking erop

neerkomt dat men de titularis van een recht geheel of gedeeltelijk de mogelijkheid onttrekt om het recht uit te oefenen³⁹. Nu de rechtsverwerking op dezelfde leest is geschoeid als het verbod op rechtsmisbruik, lijkt het logisch de gevolgen ervan ook volledig samen te doen vallen. In dit kader dient herinnerd te worden dat de sanctie op rechtsmisbruik klassiek bestaat uit het opleggen van het “best passende herstel”, dat in elk geval een einde maakt aan “de onwettige toestand”⁴⁰. De rechtsleer omschrijft dit vandaag met de woorden: “*De beteugeling van het rechtsmisbruik moet tot resultaat hebben dat aan de abusievelijke handeling elk rechtsgevolg wordt ontnomen*.”⁴¹ In een arrest van het Hof van Cassatie van 1982 werd duidelijk dat dit “passend herstel” kon bestaan uit het herleiden van het recht tot zijn normaal gebruik of uit het herstel van de schade veroorzaakt door het misbruik⁴². Hetzelfde arrest maakt echter duidelijk dat deze matiging niet mag leiden tot het verbeuren van het recht⁴³. In een arrest van 8 februari 2001 wordt beslist dat de matiging van een recht evenwel kan bestaan uit *de niet-toepassing* van een beding als de uitoefening van dit beding onaanvaardbaar is⁴⁴. Zo mag men het “verbeuren van een recht” – hetgeen verboden is als sanctie – niet verwarren met de toegestane sanctie van het “ontzeggen van het recht om *in concreto* een beroep te doen op een beding”. Niettemin is het onderscheid hiertussen theoretisch wanneer het gaat over een recht dat slechts eenmaal kan worden uitgeoefend⁴⁵. Van Oevelen legde reeds in zijn analyse van “het ontnemen van het recht zich te beroepen op een beding” als sanctionering het volgende verband met de rechtsverwerking: “*Is het vermetel te denken dat het Hof van Cassatie in zo’n geval [van rechtsverwerking] gaat oordelen dat de rechter aan de houder van een subjectief recht het recht mag ontnemen in die concrete omstandigheden op dat recht een beroep te doen?*”⁴⁶. In deze lijn keurde het Hof van Cassatie de beslissing goed dat een brouwerij zich, in de gegeven omstandigheden, niet meer mocht beroepen op strafbedingen (en zelfs ruimer op

³⁶ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 1002. In dezelfde zin: K. VANDERSCHOT, “Rechtsverwerking en rechtsmisbruik: een stand van zaken, in het bijzonder met betrekking tot de opeising van verwijlinteressen” (noot onder Luik 17 juni 2002), *TBBR* 2003, (448) 452.

³⁷ Dat het louter verstrijken van een termijn geen rechtsmisbruik uitmaakt, blijkt uit Cass. 30 september 2013, AR C.12.0303.F, *Arr.Cass.* 2013, 1981, *Pas.* 2013, I, 1827, *RABG* 2014, 228, *RCJB* 2016, 28, noot N. DANDOY en *Rev.trim.dr.fam.* 2014, 430.

³⁸ Bv.: F. CORYN, “Rechtsverwerking 10 jaar na de arresten van het Hof van Cassatie van 20 februari 1992 en 5 juni 1992” (noot onder Luik 3 mei 2000), *TBBR* 2003, (598) 600; P. VAN OMMESELAGHE, “Rechtsverwerking en afstand van recht”, *TPR* 1980 (735) 771; P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité*, II, *Les obligations*, III, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 1616; S. CNUDE, “De rechtsverwerking verwerkt?” (noot onder Cass. 17 mei 1990), *TBH* 1991, (210) 214; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 999.

³⁹ Zie bv.: R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1982-1992)”, *TPR* 1994, (171) nr. 720; S. STIJNS, “La ‘rechtsverwerking’: fin d’une attente (d’)raisonnable?”, *JT* 1990, (685) 686.

⁴⁰ PG GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. bij Cass. 10 september 1971, *Arr.Cass.* 1972, 40-41.

⁴¹ Zie bv. uitvoerig: S. STIJNS, “Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiters voor gebruik!” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, nr. 38.

⁴² Cass. 16 december 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 518 en *Pas.* 1983, I, 472. Zie bv.: P.-A. FORIERS, “Observations sur le thème de l’abus de droit en matière contractuelle” (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (185) 206-208.

⁴³ Met bevestiging in bv.: Cass. 11 juni 1992, AR 9334, *Arr.Cass.* 1991-92, 965, *JT* 1992, 676 en *Pas.* 1992, I, nr. 535, 898.

⁴⁴ Cass. 8 februari 2001, AR C.98.0470.N, *Arr.Cass.* 2001, 245, *Pas.* 2001, I, 244, *RW* 2001-02, 778, noot A. VAN OEVELEN, *TBBR* 2004, 396 en *T.Not.* 2001, 473, noot C. DEWULF.

⁴⁵ S. STIJNS, “Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiters voor gebruik!” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, nr. 47.

⁴⁶ A. VAN OEVELEN, “De sanctie van het misbruik van contractuele rechten” (noot onder Cass. 8 februari 2001), *RW* 2001-02, (779) 780.

de wanprestatie⁴⁷⁾ gelet op de abusieve inroeping ervan omdat deze brouwerij o.m. gedurende bijna 10 jaar lang de tegenpartij niet verwittigde over de wanprestatie⁴⁸⁾. Aldus impliceert de betuigeling van de abusievelijke uitoefening van zo'n eenmalig in te roepen recht dat de titularis *de facto* de volledige uitoefening van het recht wordt ontzegd⁴⁹⁾. Dit

is o.i. een gepaste sanctie voor de rechtsverwerking. In het geannoteerde arrest kwam het aspect van de sanctie logischerwijze niet ter sprake omdat uiteindelijk geen toepassing werd gemaakt van de rechtsverwerking onder de vleugels van het verbod op rechtsmisbruik.

III. OMSTANDIGHEDEN DIE HET ONTSTAAN VAN EEN RECHT VOORAFGAAN

9. Het bestaan van het recht als voorwaarde van het rechtsmisbruik – Bijzonder aan het geannoteerde arrest is dat het Hof van Cassatie aangeeft dat de rechter in het kader van het rechtsmisbruik bij de beoordeling van de aanwezige belangen rekening moet houden met de omstandigheden rond de uitvoering van een contractueel recht, maar dat hij daarbij geen rekening mag houden met de omstandigheden die aan het ontstaan van het recht zijn *voorafgegaan*.

Deze overwegingen passen perfect binnen de logica van het algemene beginsel van het verbod op rechtsmisbruik. Dat beginsel laat de rechter toe om de grenzen van het normale gebruik van een recht door de titularis ervan te beoordelen⁵⁰⁾. Het gaat ervanuit dat hoewel een subjectief recht aan de titularis ervan een heerschappij toekent dat slechts wordt beperkt door de externe grenzen die voortvloeien uit het bestaan van het recht zelf (zoals volgt uit de wet of uit de overeenkomst), die heerschappij ook onderworpen is aan interne begrenzingen⁵¹⁾. Alvorens er echter sprake kan zijn van een interne begrenzing van een recht, moeten de externe begrenzingen vaststaan. De inhoud van het recht moet met andere woorden vaststaan, alvorens de uitoefening van het recht verder kan worden ingeperkt. Dit theoretisch uitgangspunt heeft gevolgen voor de beoordeling van het rechtsmisbruik, omdat het duidelijk maakt dat de inhoud van een recht determineert wat het misbruik ervan kan zijn. De rechter moet bij de beoordeling van rechtsmisbruik steeds vertrekken van de concrete inhoud die partijen aan het recht hebben

gegeven en mag zijn eigen invulling aan het recht niet op een normatieve manier aan de partijen opleggen. In het geannoteerde arrest konden de feitenrechters bij het beoordelen van het vermeend misbruik door de NV Abacus Group van haar recht om zich op de contractuele waarborg te beroepen zich dan ook niet beroepen op omstandigheden die te maken hebben met het ontstaan van het recht, omdat die omstandigheden hebben geleid tot het bestaan van het recht en dus bepalend waren voor de externe grenzen van het recht.

Omdat rechtsverwerking alleen wordt erkend als een toepassingsgeval van het verbod op rechtsmisbruik, werkt het voorgaande ook door op rechtsverwerking. Overigens zou het wat dit principe betreft geen verschil maken of de rechtsverwerking nu een autonoom rechtsbeginsel zou zijn, dan wel een toepassingsgeval van het verbod op rechtsmisbruik. De rechtsverwerking stelt, net zoals het verbod op rechtsmisbruik, een interne begrenzing aan de uitoefening van een bestaand recht. Een recht kan maar “verwerken” als het bestaat. Om te beantwoorden of de houding van een titularis van een recht “objectief onverenigbaar” is met de uitoefening van het recht, zal men dus slechts moeten kijken naar de houding van de titularis van het recht, nadat het recht tot stand is gekomen. Alles wat aan de totstandkoming van een recht voorafgaat, heeft betrekking op een andere fase in het leven van een verbintenis en moet dan ook worden beoordeeld aan de hand van de juridische instrumenten die eigen zijn aan deze fase.

47. S. STIJNS, “Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiters voor gebruik!” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, nr. 51; S. STIJNS, “La résilience de la *rechtsverwerking*”, *JT – Hommage à Pierre Van Ommeslaghe* 2018, (582) nrs. 8-9.

48. Cass. 1 oktober 2010, AR C.09.0565.N, *Arr.Cass.* 2010, 2385, *Pas.* 2010, I, 2470, *RW* 2011-12, 142, noot S. JANSEN en S. STIJNS, *TBBR* 2012, 387, noot P. BAZIER en *TBH* 2011, 77.

49. Stijns oppert in dit verband dat rechtsverwerking in ieder geval erkend is als een mogelijke wijze om het rechtsmisbruik te *sanctioneren*: S. STIJNS, “Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiters voor gebruik!” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2014, nr. 48; S. STIJNS, “La résilience de la *rechtsverwerking*”, *JT – Hommage à Pierre Van Ommeslaghe* 2018, (582) nr. 9, met verwijzing naar: Cass. 14 oktober 2010, AR C.09.0608.F, *Act.dr.fam.* 2012, 156, noot A. VAN GYSEL, *Arr.Cass.* 2010, 2507, *Juristenkrant* 2011, afl. 228, 3, *DAOR* 2012, afl. 101, 17, *Not.Fisc.M.* 2014, 263, noot E. ALOFS, *Pas.* 2010, I, p. 2643, *RABG* 2011, 902, noot, *Rev.trim.dr.fam.* 2011 49 en *RW* 2011-12, 1209, noot en naar Cass. 6 januari 2011, AR C.09.0624.F, *Arr.Cass.* 2011, 41, concl. A. HENKES, *Pas.* 2011, I, 44, concl. A. HENKES, *TBBR* 2012, 388, noot P. BAZIER en *TBO* 2011, 109, concl. A. HENKENS (zelfs met verwijzing naar de verregaande term “verbeuren” in de Nederlandstalige vertaling van het arrest: “kan het herstel van dat misbruik erin bestaan dat die partij het recht verbeurt om de gedwongen tenuitvoerlegging te verkrijgen”).

50. A. DE BOECK, “Rechtsmisbruik” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2011, 6; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 39.

51. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, I, Antwerpen, Intersentia, 2000, 306; S. STIJNS en F. AUVRAY, “Abus de droits contractuels dans l’exécution du contrat: critères et sanctions” in M. DUPONT (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, (270) 271; E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 370-371; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 316.

Dit alles betekent dat het geannoteerde arrest de rechtsverwerking alleszins niet afdankt. In het arrest wordt immers louter toepassing gemaakt van bovenstaande krijtlijnen dewelke het verbod op rechtsmisbruik, en aldus ook de rechtsverwerking, afgrenzen. Vooraleer er sprake kan zijn van rechtsverwerking als toepassing van het verbod op rechtsmisbruik, moet het recht eerst ontstaan. Daarna pas kan abusievelijk de indruk worden gewekt dat het recht niet zal worden uitgeoefend. De huidige feitenconstellatie ver-

schilde evenwel van dit klassieke schema. Hier gaf de titularis van het recht de indruk het desbetreffende recht, namelijk de waarborgen, niet te zullen uitoefenen *vooraleer* het recht ontstond, namelijk vooraleer het contract was gesloten. In dit geval is de rechtsverwerking (als toepassing van het verbod op rechtsmisbruik) inderdaad niet de geschikte figuur⁵². Aldus oordelen de cassatierechters terecht dat het hof van beroep, door rechtsmisbruik in deze specifieke context toe te passen, artikel 1134, eerste en derde lid BW schendt.

IV. ALTERNATIEVEN

10. Instrumenten die wel toepassing kunnen vinden –

Het voorgaande doet de vraag rijzen welke instrumenten wel kunnen worden aangewend wanneer een partij tijdens de totstandkoming van een recht de indruk wekt dat hij dat recht nooit zal uitoefenen. Deze vraag is voor de praktijk niet onbelangrijk. Het komt wel vaker voor, zoals *in casu* het geval was, dat partijen tijdens de onderhandelingen van een contract de indruk wekken dat zij zich niet op een bepaalde clausule zullen beroepen. O.i. kan een partij in zo'n situatie aanvoeren dat er geen wilsovereenstemming tussen partijen bestond, dat de wilsovereenstemming is aangetast door een wilsgebrek of kan zij zich beroepen op de precontractuele aansprakelijkheid. Of die strategieën succesvol zijn, zal veelal afhangen van de feitelijke omstandigheden. Tot slot dient ook gewezen te worden op de praktijk van de aanwending van de zogenaamde *anti-sandbagging*clausules.

11. Ontbreken van wilsovereenstemming –

Als een partij tijdens de onderhandelingen een houding aanneemt die objectief onverenigbaar is met de uitoefening van een recht dat zij aan het onderhandelen is en als zij daardoor bij de wederpartij het rechtmatig vertrouwen wekt dat zij zich niet op een bepaald recht zal beroepen, dan zou men kunnen aanvoeren dat er geen wilsovereenstemming tussen partijen

bestond over de opname van die bepaalde bepaling. Uit het consensualisme vloeit immers het beginsel voort dat de werkelijke wil voorrang heeft op de uitgedrukte wil⁵³. Door aan te geven dat men een bepaald beding niet zou uitoefenen, maakt men een mentaal voorbehoud. Als de wederpartij hiervan op de hoogte is, dan hebben zij een wilsovereenstemming bereikt die afwijkt van de uitgedrukte wil.

De voorrang van de werkelijke op de uitgedrukte wil is echter niet absoluut⁵⁴. Wanneer een geschrift voorligt, moet de rechter de wil van de partijen in principe in de eerste plaats in dat geschrift vinden⁵⁵. De gestrengheid van deze regel dient evenwel genuanceerd te worden in het licht van het vrij bewijs in ondernemingszaken⁵⁶. In ieder geval mag de rechter een geschrift niet uitleggen op een manier die onverenigbaar is met de bewoording ervan⁵⁷. Hij mag de bewoordingen van het tussen partijen opgesteld geschrift niet miskennen of negeren⁵⁸.

Verder wordt de voorrang van de werkelijke wil op de verklaarde wil genuanceerd door de vertrouwens- of schijnleer, die de bescherming van het rechtmatige vertrouwen van de wederpartij op de overeenstemming tussen het verklaarde en het werkelijk gewilde vooropstelt⁵⁹. Volgens die leer komen aan een wilsverklaring slechts rechtsgevolgen toe als zij van

⁵² Zoals kan worden afgeleid uit de eerste paragraaf van dit randnr., zullen andere toepassingsgevallen van het verbod op rechtsmisbruik dan de rechtsverwerking in de gegeven situatie evenmin soelaas bieden.

⁵³ Zoals blijkt uit art. 1156 BW.

⁵⁴ Cass. 19 februari 1987, AR 7522, *Arr.Cass.* 1986-87, 817, *Pas.* 1987, I, 738 en *RGAR* 1989, nr. 11.505 (“*Attendu qu’il n’existe pas de principe général du droit consacrant, pour l’interprétation des actes écrits, la prééminence de la volonté réelle, des parties sur la volonté déclarée.*”).

⁵⁵ M.b.t. het gereglementeerde bewijs: Cass. 24 maart 1988, AR 7943, *Arr.Cass.* 1987-88, 972, *Pas.* 1988, I, 894 en *RW* 1988-89, 1126, noot; Cass. 10 januari 1994, AR S.93.0065.N, *Arr.Cass.* 1994, 16, *JTT* 1994, 141, noot en *Pas.* 1994, I, 12 (dat “*het geschrift bewijskracht heeft ingevolge de artikelen 1319, 1320, 1322 en 1341 van hetzelfde wetboek, zowel wat de bewoordingen als wat zijn inhoud betreft, zodat de rechter, wanneer er een geschrift is, daarin de wil van de partijen moet vinden*”).

⁵⁶ Cf. momenteel art. 1348bis BW (met inwerkingtreding op 1 november 2018) en binnenkort art. 8.11 NBW. Zo is het bewijs door getuigen en vermoedens ook mogelijk tegen en boven de inhoud van een ondertekend geschrift. Zie ook hierover: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1445; J. WAELEKENS, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 381-383. M.b.t. een authentieke akte specificeert art. 8.17 NBW nu dat deze tot betichting van valsheid een bewijs oplevert van wat de openbare of ministeriële ambtenaar persoonlijk heeft verricht of vastgesteld, zonder dat het voor partijen mogelijk is om daarvan af te wijken (cf. momenteel art. 1319 BW); zie hierover: I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Het nieuwe bewijsrecht” in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, de Keure, 2019, (117) 139; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1492.

⁵⁷ Zie bv.: Cass. 23 december 2002, AR S.02.0050.F, *Arr.Cass.* 2002, 2826 en *Pas.* 2002, I, 2472; Cass. 23 oktober 2009, AR C.08.0010.F, *Arr.Cass.* 2009, 2462 en *Pas.* 2009, I, 2405.

⁵⁸ J. WAELEKENS, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 397.

⁵⁹ A. DE BOECK en N. VAN DAMME, “Wilsuiting: werkelijke wil – uitgedrukte wil – veinzing” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 1, *Wilsuiting*, Mechelen, Kluwer, 2019, 40.

die aard is dat zij bij de bestemming een wettig vertrouwen kon opwekken dat zij ook de werkelijke wil uitdrukt⁶⁰.

Wanneer dus een bepaling is opgenomen in een geschrift, zal de rechter er omwille van de genoemde principes o.i. moeilijk van kunnen afwijken. Als er enkel sprake is van een mentaal voorbehoud in hoofde van één van de partijen, dan kunnen hier geen rechtsgevolgen aan worden verleend⁶¹. Als beide partijen op de hoogte zijn van het verschil tussen de uitgedrukte en de gewenste wil, en één van de partijen doet hierop een beroep, dan zal zij zich nog steeds geconfronteerd kunnen zien met een beroep op de vertrouwensleer door de andere partij en met de bewijswaarde van een geschrift. Dit zal evenwel een feitenkwestie zijn.

12. Bedrog – Als iemand tijdens de onderhandelingen een houding aanneemt die objectief onverenigbaar is met de uitoefening van een toekomstig recht dat zij aan het onderhandelen is en als zij daardoor bij de wederpartij het rechtmatig vertrouwen wekt dat zij zich niet op een bepaald recht zal beroepen, dan zou dat in sommige omstandigheden een vorm van (incidenteel) bedrog kunnen uitmaken⁶². Vereist is wel dat de partij tegen wie het bedrog wordt ingeroepen kunstgrepen aanwendt met de bedoeling haar wederpartij te doen dwalen en haar zo te overhalen een overeenkomst te sluiten die zij anders niet zou sluiten⁶³. In een situatie zoals diegene die aan het geannoteerde arrest voorafging, zou dat zich kunnen voordoen doordat een partij bijvoorbeeld boekhoudkundige stukken zou aanbrengen om de waarde van het over te nemen bedrijf te vervalsen. Echter zouden zulke kunstgrepen in de geschetste context eerder uitgaan van de partij die de aandelen overdraagt (en dus inzicht in de financiële situatie heeft) dan van de partij die de aandelen overneemt⁶⁴.

13. Dwaling – Als een partij wordt geconfronteerd met een wederpartij die een houding aanneemt die objectief onverenigbaar is met de uitoefening van een toekomstig recht en zij alsnog een overeenkomst sluit waarin dit toekomstig recht wordt opgenomen, zal zij zich moeilijk kunnen beroepen op de dwaling in de zin van artikel 1110 BW

omdat de dwaling volgens deze bepaling verschoonbaar moet zijn. Een dwaling is verschoonbaar als een redelijk persoon in soortgelijke omstandigheden ook zou hebben gedwaald⁶⁵. O.i. zou een redelijk persoon die geconfronteerd wordt met een wederpartij die een houding aanneemt die objectief onverenigbaar is met de uitoefening van een toekomstig beding, dit beding echter niet in een overeenkomst opnemen.

14. Geweld of dwang – Indien een partij in de precontractuele fase enerzijds een houding aanneemt op basis waarvan blijkt dat zij zich niet op een toekomstig beding zal beroepen, maar anderzijds een fysieke of morele dwang, minstens de dreiging ermee, aanwendt tegen de wederpartij om het beding op te nemen, dan zou dit – als aan alle voorwaarden is voldaan – aanleiding kunnen geven tot de nietigheid op basis van artikel 1112 BW.

15. Benadeling – In de geschetste situatie zou ook de gekwalificeerde benadeling als wilsgebrek kunnen worden ingeroepen. Er is sprake van gekwalificeerde benadeling wanneer een manifeste wanverhouding bestaat tussen de wederzijds bedongen prestaties, die wanverhouding het gevolg is van het misbruik door de ene partij van de zwakke positie van de andere partij en dat misbruik een determinerend karakter heeft⁶⁶. Welnu, indien een partij een objectieve houding aanneemt alsof zij een bepaald toekomstig beding niet zou inroepen en daarbij misbruik maakt van de zwakke positie van de wederpartij, en zich na het sluiten van de overeenkomst toch op het beding beroept, dan zou de wederpartij de gekwalificeerde benadeling kunnen aanvoeren⁶⁷. Zulke situaties zouden zich mogelijk kunnen voordoen in familiale context of bij zakentransacties tussen handelspartners waarvan één economisch sterk afhankelijk is van de wederpartij.

16. Precontractuele fout – Men zou ook kunnen aanvoeren dat het aannemen van een houding die objectief onverenigbaar is met de uitoefening van dat recht een precontractuele fout uitmaakt. O.i. is het echter weinig waarschijnlijk dat de rechtspraak – buiten de gevallen waarin er sprake is

⁶⁰. S. STIJNS en S. JANSSEN, “De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties”, *TBBR* 2013, (2) 17.

⁶¹. A. DE BOECK en N. VAN DAMME, “Wilsuiting: werkelijke wil – uitgedrukte wil – veinzing” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, I, Wilsuiting, Mechelen, Kluwer, 2019, 41; P. WERY, *Droit des obligations*, II, Brussel, Larcier, 2016, 49.

⁶². Zie hier ook over in de M&A context: T. HERREMANS, “Kennis van de koper van aandelen: *pacta sunt servanda* vs. *bona fides*” (noot onder Gent 18 februari 2013), *TRV-RPS* 2018, (333) 336; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d’actions*, Brussel, Larcier, 2017, 193.

⁶³. A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 88; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 193.

⁶⁴. In deze zin werd bv. reeds geoordeeld dat er sprake is van bedrog wanneer een verkoper bij een overdracht van aandelen aangeeft dat de vennootschap schuldenvrij is, terwijl dit in werkelijkheid niet zo is: Gent 22 december 2008, *TRV* 2009, 638, noot D. VAN GERVEN.

⁶⁵. Cass. 12 februari 2015, AR C.14.0330.F, *Arr.Cass.* 2015, 368, *Pas.* 2015, I, 338, *TBBR* 2018, 35 en *TBO* 2016, 119; Cass. 28 november 2013, AR C.12.0556.N, *Arr.Cass.* 2013, 2572, *Pas.* 2013, I, 2386, *RW* 2014-15, 584, *RW* 2015-16, 1108, noot, *TBBR* 2017, 194 en *TBO* 2013, 267.

⁶⁶. Cass. 9 november 2012, AR C.12.0146.N, *Arr.Cass.* 2012, 2487, *Not.Fisc.M.* 2013, 119, noot H. CASMAN, *Pas.* 2012, I, 2178, *RABG* 2013, 274, *RW* 2012-13, 520, *RW* 2012-13, 1416, noot E. ADRIAENS, *TBBR* 2013, 129, noot M. DE POTTER DE TEN BROECK, *T.Fam.* 2013, 132, noot V. HULPIAU, *TGR-TWVR* 2013, 103 en *T.Not.* 2013, 363. Zie voor een uitgebreide bespreking van de voorwaarden van de gekwalificeerde benadeling: E. SWAENPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 241 *et seq.*

⁶⁷. In zo’n situatie zou ook voldaan zijn aan de voorwaarden van het beginsel *fraus omnia corrumpit*: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, I, Antwerpen, Intersentia, 2000, 76.

van (minstens incidenteel) bedrog of dwang – snel zal aannemen dat dit het geval is. Wanneer geen kunstgrepen of dwang werden aangewend (minstens in de vorm van een omstandig stilzwijgen) en partijen nadien toch een overeenkomst sluiten, kan moeilijk ingezien worden dat een partij een houding aannam die onverzoenbaar is met de uitoefening van een toekomstig recht. Het ontstaan van een contractueel recht vereist immers dat partijen een bindende afspraak maken en dat zij rechtsgevolgen beogen⁶⁸. Als een partij dus enigszins aandringt op de opname van een beding in een overeenkomst, dan beoogt zij rechtsgevolgen waarop zij zich later moet kunnen beroepen. Door een contractueel recht in het leven te roepen, stelt zij met andere woorden een actieve rechtshandeling die erop wijst dat zij dat recht in de toekomst mogelijk zal uitoefenen. Afgezien van dwang of bedrog is het o.i. dan ook weinig aannemelijk dat haar houding, ondanks die actieve handeling, toch als “onverzoenbaar” zou worden beschouwd met de uitoefening van die rechten, laat staan dat dit wordt gekwalificeerd als een fout⁶⁹.

Als in een concrete situatie toch zou worden aangenomen dat iemand op basis van de precontractuele aansprakelijkheid aansprakelijk is voor het aannemen van een houding die objectief onverenigbaar is met de uitoefening van een toekomstig recht, dan zal dit (behoudens in geval van dwang of bedrog) wellicht leiden tot een verdeling van aansprakelijkheid. De onderhandelingspartij die op basis van de houding van de wederpartij erop vertrouwt dat die wederpartij een toekomstig recht nooit zal uitoefenen, beschikt immers over haar vrijheid van contracteren. Zij is niet verplicht om een overeenkomst te sluiten. Welnu, de precontractuele aansprakelijkheid vergt dat er sprake is van een fout, van schade en van een causaal verband⁷⁰. Als één partij in alle openheid een

houding zou aannemen die objectief onverenigbaar is met de uitoefening van een toekomstig recht (wat op zich al weinig waarschijnlijk is) en als de wederpartij toch aanvaardt dat dit recht tot stand komt, dan heeft ook die laatste partij o.i. een buitencontractuele fout begaan die in oorzakelijk verband staat met de schade. Een normaal bedachtzaam en voorzichtig persoon die een overeenkomst onderhandelt, zorgt er immers voor dat bepalingen die nadelig voor hem zijn en met betrekking tot dewelke de wederpartij in alle openheid het vertrouwen wekt dat zij zich niet op deze bepalingen zal beroepen, ook niet in de overeenkomst worden opgenomen. Zowel de partij die het vertrouwen opwekt als de partij die erop voortgaat, hebben dan in beginsel een fout begaan⁷¹. De schade is dan veroorzaakt op basis van de samenlopende fouten van zowel de dader als het slachtoffer, waardoor er een verdeling van aansprakelijkheid optreedt en het slachtoffer een deel van de schade zelf zal moeten dragen⁷².

17. Anti-sandbaggingclausules – Tot hiertoe werd de specifieke context waarin de onderhavige problematiek is gerezen, onvoldoende in de verf gezet. De feitenconstellatie die aanleiding heeft gegeven tot het geannoteerde arrest, duikt immers regelmatig op in de M&A-praktijk. Aan overeenkomsten tot aandelenoverdracht gaat veelal een uitgebreide precontractuele fase vooraf waarin de koper onder meer een audit (“*due diligence*”) doet naar de achterliggende vennootschap. De invloed van de voorafgaande kennis van de koper en van de daaruit voortvloeiende verstandhouding tussen de partijen op de opgenomen verklaringen en waarborgen in de aandelenoverdrachtsovereenkomst wordt dan ook terecht omschreven als een “delicate” evenwichtsoefening. Als één van de mogelijk aan te wenden figuren werd,

⁶⁸. W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 110; P. WERY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2011, 224.

⁶⁹. De situatie waarin een partij tijdens de onderhandelingen een houding aanneemt die onverzoenbaar is met de uitoefening van een toekomstig recht, moet onderscheiden worden van de situatie waarin een partij bepaalde informatie achterhoudt. Het inhouden van informatie bij de totstandkoming van een recht wekt op zichzelf nog niet de indruk dat men zich niet op het recht zal beroepen. Als een koper tijdens het onderhandelen van een aandelenoverdracht, waarbij verklaringen en waarborgen worden opgenomen kennis omtrent de waarde van een bedrijf, heeft van omstandigheden die invloed hebben op de waarde van het bedrijf en deze niet meedeelt aan de verkoper, dan geeft dat gegeven op zichzelf nog niet de indruk dat hij zich niet op de waarborgen zal beroepen. In zo'n situatie zou een beroep op het bedrog of de precontractuele aansprakelijkheid meer kans van slagen hebben. Zie hierover: T. HERREMANS, “Kennis van de koper van aandelen: *pacta sunt servanda* vs. *bona fides*” (noot onder Gent 18 februari 2013), *TRV-RPS* 2018, (333) 336; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions*, Brussel, Larcier, 2017, 192-193.

⁷⁰. Immers is de precontractuele aansprakelijkheid gebaseerd op art. 1382 BW: Cass. 10 december 1981, *RCJB* 1986, 5, noot E. WYMEERSCH en *Arr.Cass.* 1981, 502.

⁷¹. O.i. is het aannemelijk dat de partij die op het vertrouwen is voortgegaan in een situatie waarin de wederpartij geen dwang of bedrog pleegt, de algemene zorgvuldigheidsnorm schendt. Echter betreft de algemene zorgvuldigheidsnorm slechts een norm ter beoordeling van het objectief element van de buitencontractuele fout. Daarnaast moet ook het subjectief element van de fout worden beoordeeld. Dit houdt in dat men moet nagaan of de persoon die de objectieve fout heeft begaan op dat ogenblik schuldbequaam was en of de fout aan hem kan worden toegerekend: I. CLAEYS, “Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden ...” in I. CLAEYS en B. TILLEMANS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, (1) 8; S. SOMERS, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten. Kruisbestuiving in een meergelaagde rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 263; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 147; S. STIJNS en I. SAMOY, *Leerboek Verbintenissenrecht*, Ibis, Brugge, die Keure, 2020, nr. 8. Als het slachtoffer bv. niet schuldbequaam is omdat hij de jaren des onderscheids nog niet heeft bereikt, dan zal er geen verdeling van aansprakelijkheid gebeuren en zal de dader voor de gehele schade moeten instaan: Cass. 13 oktober 1999, AR P.99.0861.F, *Arr.Cass.* 1999, 1255, *Bull.* 1999, 1308, *Pas.* 1999, I, 913, *RW* 2001-02, 1428, noot, *TBBR* 2002, 313 en *Verkeersrecht* 2000, 54.

⁷². H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 76; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, Deel 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Brussel, Larcier, 2009, 350; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 173; S. SOMERS, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten. Kruisbestuiving in een meergelaagde rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia 2016, 620-622; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, Mechelen, Kluwer, 2007, 91-92; B. WEYTS, *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 321 *et seq.*

zoals ook werd gepoogd in het onderhavige arrest, het verbod op rechtsmisbruik naar voren geschoven⁷³. Nu is gebleken dat de rechtsverwerking als toepassing van het verbod op rechtsmisbruik geen soelaas zal brengen indien een beroep wordt gedaan op omstandigheden die zich voordoen *vooraleer* het recht ontstaat, zal de praktijk dienen te zoeken naar alternatieven. We hebben reeds gezien dat de alternatieve actiemogelijkheden die betrekking hebben op de precontractuele fase slechts in een beperkt aantal gevallen succes zullen hebben. Bijgevolg is het aan te raden clausules op te nemen ter bescherming van de verkoper van de aandelen: de zogenaamde *anti-sandbagging*clausules⁷⁴. Het doel hiervan is te vermijden dat de koper, zoals *in casu* het geval was, een beroep doet op de waarborg in de “*representations and*

warranties”, wanneer deze op de hoogte is dat een bepaalde verklaring of waarborg niet zou stroken met de realiteit. Afhankelijk van hoe deze clausules worden opgesteld, zullen ze de verkoper ontslaan van zijn verplichting tot schadevergoeding indien de koper de situatie die aanleiding geeft tot de inbreuk *kende* of *redelijkerwijze behoorde* te kennen op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst⁷⁵. Naar aanleiding van het geannoteerde arrest en gelet op de beperkte slaagkansen van de voornoemde alternatieven die betrekking hebben op de precontractuele fase, is het alleszins aan te raden voldoende aandacht te geven aan de hieromtrent op te nemen clausules in overeenkomsten inzake aandelenoverdrachten⁷⁶.

V. BESLUIT

18. Rechtsmisbruik en rechtsverwerking op dezelfde leest – De rechtsverwerking is nog niet dood. Zonder haar bij naam te noemen wordt ze gepolijst en in het kader van het verbod op rechtsmisbruik geplaatst. Het is een kader dat de rechtsverwerking niet slecht afaakt. Dit blijkt ook uit het geannoteerde arrest dat duidelijk maakt dat bij de beoordeling van de rechtsverwerking in het raam van het verbod op rechtsmisbruik geen rekening mag worden gehouden met omstandigheden die zich voordoen *vooraleer* het recht ont-

staat. Het ontstaan van het recht moet worden begrepen als het “uur nul”. Aldus kan enkel worden nagegaan of de interne grenzen van het recht werden gerespecteerd. Gelet op de beperkte slaagkansen van de figuren die de precontractuele fase aanbelangen, bezint een voorzichtig praktizijn zich daarom best over de nodige clausules om al dan niet rekening te houden met wat tijdens de precontractuele fase aan het licht komt.

⁷³. Luik 2 april 2015, *TRV-RPS* 2016, 181, noot D. LECLERCQ; zie ook B. BELLEN en D. LECLERCQ, “M&A Kroniek”, *TRV-RPS* 2019, nr. 148; T. HERREMANS, “Kennis van de koper van aandelen: *pacta sunt servanda* vs. *bona fides*” (noot onder Gent 18 februari 2013), *TRV-RPS* 2018, (333) 336; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d’actions*, Brussel, Larcier, 2017, 193; E. POTTIER en M. BREDIMUS, “Les déclarations et la garantie du vendeur dans les conventions de cession d’actions” in R. AYDOGU (ed.), *Les contrats commerciaux en pratique*, Brussel, Larcier, 2016, (73) 110-112.

⁷⁴. Het omgekeerde bestaat ook, namelijk de *prosandbagging*-clausules (ter bescherming van de koper): deze clausule bevestigt het recht op schadevergoeding voor de koper zelfs als had deze kennis van de schending op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst: T. HERREMANS, “Kennis van de koper van aandelen: *pacta sunt servanda* vs. *bona fides*” (noot onder Gent 18 februari 2013), *TRV-RPS* 2018, (333) 336; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d’actions*, Brussel, Larcier, 2017, 196.

⁷⁵. Zie uitgebreid over de *anti-sandbagging*clausules: T. HERREMANS, “Kennis van de koper van aandelen: *pacta sunt servanda* vs. *bona fides*” (noot onder Gent 18 februari 2013), *TRV-RPS* 2018, (333) 336; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d’actions*, Brussel, Larcier, 2017, 196; E. POTTIER en M. BREDIMUS, “Les déclarations et la garantie du vendeur dans les conventions de cession d’actions” in R. AYDOGU (ed.), *Les contrats commerciaux en pratique*, Brussel, Larcier, 2016, (73) 112.

⁷⁶. Zie voor een uitgebreide bespreking van de verschillende opties m.b.t. mogelijk op te nemen clausules en verfijningen daarop: D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d’actions*, Brussel, Larcier, 2017, 196 et seq. (zie ook p. 472 voor een modelclausule en p. 486 voor toelichting).