

Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België
en Nederland

Preadviezen 2025

Kwalificatie van bijzondere overeenkomsten
De veerkracht van de rechtsstaat
De herziening

Florian Pollefeyt
Marie Cuvelier
Bernard Tilleman
Harriët Schelhaas
Josje de Vogel
Toon Moonen
Jonas Riemslagh
Ingrid Leijten
Steven Van Overbeke
Geert-Jan Knoops

VOORWOORD

Ook dit jaar zullen de afdelingen privaatrecht, publiekrecht en strafrecht van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland beraadslagen aan de hand van preadviezen. De onderwerpen van de preadviezen zijn gekozen wegens hun belang voor rechtsleer en praktijk in België en/of Nederland. Voor het privaatrecht is de keuze gevallen op de kwalificatie van bijzondere overeenkomsten, voor het publiekrecht op de veerkracht van de rechtsstaat en voor het strafrecht op de herziening. De Vereniging is vereerd en verheugd dat zij voor deze onderwerpen van zowel Belgische als Nederlandse zijde preadviseurs bereid heeft gevonden om hun deskundigheid te vervatten in een bondig en toegankelijk preadvies. Zoals uit de titels van de afzonderlijke preadviezen blijkt, verschillen de accenten al naargelang de materie vanuit het Belgische of Nederlandse perspectief is bestudeerd. Voor alle preadviezen geldt dat zij tot stand zijn gekomen na overleg tussen de Belgische en Nederlandse preadviseurs en dus een betrouwbaar tweeluik vormen om zich in het onderwerp te verdiepen. Daarmee vormen de preadviezen een goede opmaat naar de beraadslagingen die dit jaar in Antwerpen zullen plaatsvinden.

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

DEEL 1 KWALIFICATIE VAN BIJZONDERE OVEREENKOMSTEN

HOOFDSTUK 1

Tussen definitie en doel: her(r)ijking van de kwalificatie van bijzondere contracten / 3

Florian Pollefeyt, Marie Cuvelier, Bernard Tilleman

- 1.1 Inleiding / 3
- 1.2 Kwalificatie: algemeen / 5
 - 1.2.1 Wat is kwalificatie en wat is belang? / 5
 - 1.2.2 Verhouding kwalificatie en interpretatie / 6
- 1.3 Partijkwalificatie en herkwalificatie / 9
 - 1.3.1 Partijkwalificatie / 9
 - 1.3.2 Herkwalificatie / 10
- 1.4 Kwalificatie gemengde contracten / 18
 - 1.4.1 Algemeen / 18
 - 1.4.2 Cumulatie-, absorptie- en *sui generis*-theorie / 19
 - 1.4.3 *A priori* hiërarchie tussen kwalificatietheorieën (in vraag gesteld) / 20
 - 1.4.4 Absolute voorrang van regels van dwingend recht en openbare orde / 21
- 1.5 Kwalificatie en het beschermingsdoel van dwingend recht: analyse aan de hand van praktijkgevallen / 22
 - 1.5.1 Opzet van deze afdeling / 22
 - 1.5.2 Partijkwalificatie als instrument om de toepassing van dwingende regels te voorkomen / 22
 - 1.5.3 Tussenplaatsing van personen als instrument om de toepassing van dwingende regels te voorkomen / 40
- 1.6 Besluit / 44

HOOFDSTUK 2

De kwalificatie van bijzondere contracten naar Nederlands recht / 49

Harriët Schelhaas & Josje de Vogel

- 2.1 Inleiding / 49
- 2.2 Wat is kwalificatie en op welke wijze vindt die plaats? / 50

2.2.1	Relevantie van kwalificatie / 50
2.2.2	Eerst uitleg, dan kwalificatie / 52
2.2.3	Partijkwalificatie bij dwingend en aanvullend recht / 56
2.2.4	De kwalificatie van gemengde overeenkomsten: cumulatie, tenzij... / 57
2.3	Kwalificatie-problemen bij alle bijzondere contracten: tussenplaatsing van contractspartijen / 59
2.3.1	Het tussenplaatsen van (contracts)partijen / 59
2.3.2	Booking.com en Airbnb: bemiddelaar / 59
2.3.3	Tussengeplaatste ook handelaar? / 60
2.4	Kwalificatie van specifieke bijzondere contracten: welke? / 61
2.5	Consumentenkoop / 63
2.5.1	De regeling consumentenkoop in vogelvlucht / 63
2.5.2	Het fenomeen 'servitisation' / 64
2.6	De consumentenkredietovereenkomst / 67
2.6.1	Algemene regeling inzake het consumentenkrediet / 67
2.6.2	Private Lease / 69
2.6.3	Buy now, pay later / 71
2.7	De huurovereenkomst / 72
2.7.1	Het belang van kwalificatie bij de huurovereenkomst / 72
2.7.2	Huur woonruimte / 74
2.7.3	Huur bedrijfsruimte (art. 7:290 en 7:230a BW) / 75
2.8	De overeenkomst van opdracht en aanneming van werk / 76
2.8.1	Algemene regeling overeenkomst van opdracht / 76
2.8.2	Aanneming van werk / 77
2.8.3	Aanneming of koop? / 78
2.8.4	Verdienstelijking in de bouw / 80
2.9	De arbeidsovereenkomst / 81
2.10	De overeenkomst van borgtocht / 85
2.11	De vaststellingsovereenkomst / 88
2.11.1	Het wettelijk kader / 88
2.11.2	Beëindigingsovereenkomst als vaststellingsovereenkomst / 89
2.12	Synthese / 90
2.12.1	De lijnen bijeen / 90
2.12.2	Overkoepelende observaties / 92

DEEL 2 DE VEERKRACHT VAN DE RECHTSSTAAT

HOOFDSTUK 3

De veerkracht van de Belgische rechtsstaat / 99

Toon Moonen en Jonas Riemsdagh

3.1	Inleiding / 99
3.2	Afbakening van het begrip rechtsstaat / 100
3.3	Een gedragsperspectief op veerkracht / 106
3.4	De veerkracht onderzocht / 112

- 3.4.1 Institutionele actoren / 113
- 3.4.2 Maatschappelijke actoren / 134
- 3.4.3 Het onderwijs / 139
- 3.5 Conclusie / 141

HOOFDSTUK 4

De veerkracht van de Nederlandse rechtsstaat / 145

Ingrid Leijten

- 4.1 Inleiding / 145
 - 4.1.1 Alle ogen op de rechtsstaat / 145
 - 4.1.2 Probleemstelling en aanpak / 148
 - 4.1.3 Leeswijzer / 150
- 4.2 De Nederlandse rechtsstaat / 151
 - 4.2.1 Ontwikkeling in vogelvlucht / 151
 - 4.2.2 Beginselen en begrippen / 154
- 4.3 Veerkracht / 156
- 4.4 De horizontale rechtsstaat – het functioneren van de machten / 159
 - 4.4.1 De rechtsprekende macht / 159
 - 4.4.2 De uitvoerende macht / 164
 - 4.4.3 De wetgevende macht / 168
 - 4.4.4 Overige ‘machten’ / 171
- 4.5 De verticale rechtsstaat – de relatie overheid-burger / 176
 - 4.5.1 De sociale rechtsstaat? / 176
 - 4.5.2 Rechtsstatelijke cultuur en vertrouwen / 180
 - 4.5.3 Een beter verhaal over grondrechten / 182
- 4.6 Concluderende bespiegeling: veerkracht en vrijheid / 186

DEEL 3 DE HERZIENING

HOOFDSTUK 5

Het *novum* in de Belgische herzieningsprocedure / 191

Steven Van Overbeke

- 5.1 Herziening van een strafrechtelijke veroordeling / 191
 - 5.1.1 Inleiding / 191
 - 5.1.2 Beknopte schets van de herzieningsgronden en de herzieningsprocedure / 196
 - 5.1.3 Ontvankelijkheidsvoorwaarden en procedureverloop herzieningsaanvraag / 200
 - 5.1.4 Geen herziening “ten nadele” / 209
- 5.2 Het *novum* als herzieningsgrond / 210
 - 5.2.1 Het begrip “*novum*”: wettelijke definitie / 210
 - 5.2.2 Herzieningsprocedure bij een “beweerd” *novum* / 216

- 5.2.3 Na een gegronde herzieningsaanvraag: taak van de verwijzingsrechter / 223
- 5.3 Beoordeling van het *novum*: een caleidoscopisch gebeuren / 225
 - 5.3.1 Visies over een “beweerd” *novum*: als vele argusogen kijken / 225
 - 5.3.2 Het *novum* op de juridische ontleedtafel / 226
- 5.4 Evaluatie van de herziening naar Belgisch recht / 234
 - 5.4.1 De herziening gemoderniseerd: *novum sub sole*? / 234
 - 5.4.2 Op zoek naar iets nieuws: naar een herziening zonder *novum*? / 235

HOOFDSTUK 6

Waarom herziening van onherroepelijk veroordeelden? / 237

Geert-Jan Knoops

- 6.1 Inleiding / 237
- 6.2 De herziening in Nederland vanuit historisch perspectief / 240
 - 6.2.1 Doelstelling van de wetgever en het rechtstheoretisch kader / 242
- 6.3 De herziening in het moderne Nederlandse strafrecht / 245
 - 6.3.1 De regeling voor 2012 / 245
 - 6.3.2 De regeling na 2012 (ten voordele): de opkomst van deskundigeninzichten / 248
 - 6.3.3 De regeling na 2013 (ten nadele) / 250
- 6.4 Knelpunten vanuit de Nederlandse rechtspraktijk / 253
 - 6.4.1 Back to the future: het novumbegrip / 253
 - 6.4.2 De bewijslast / 257
 - 6.4.3 Betrokken actoren / 260
 - 6.4.4 Voorbereidend onderzoek en de Adviescommissie / 262
 - 6.4.5 Opvolgende herzieningsverzoeken: waar is het einde? / 264
 - 6.4.6 Toegang tot de herzieningsrechter / 266
 - 6.4.7 Schade en herstel / 267
- 6.5 De herzieningsrechtelijke toekomst / 270
 - 6.5.1 Naar een ander novumbegrip? / 270
 - 6.5.2 Rechtsvergelijking: verruiming novumbegrip in VK en VS / 271
 - 6.5.3 Naar een permanente Herzieningsraad? / 275
- 6.6 Conclusie en aanbevelingen / 276
 - 6.6.1 Conclusie / 276
 - 6.6.2 Aanbevelingen / 277

DEEL 1 KWALIFICATIE VAN BIJZONDERE OVEREENKOMSTEN

Tussen definitie en doel: her(r)ijking van de kwalificatie van bijzondere contracten

Florian Pollefeyt, Marie Cuvelier, Bernard Tilleman¹

1.1 Inleiding

1. Het contractenrecht wordt in toenemende mate gekenmerkt door regels van dwingend recht.² Ter bescherming van een zwakkere partij of van het algemeen belang, kunnen contractspartijen hier niet van afwijken. Deze dwingende regels vormen een belangrijke uitzondering op het 'uitgangspunt' van de contractsvrijheid (art. 5.14 BW). De toepassing van dwingende regels wordt vaak gekoppeld aan vaste contracttypes, met name benoemde bijzondere contracten (bv. lening, (kosteloze) borg, (consumenten)koop, arbeidscontract).³ De kwalificatie als een benoemd bijzonder contract bepaalt of een dwingend regime al dan niet van toepassing is.⁴ Deze kwalificatieoefening – die over het algemeen steunt op strikt geformuleerde definities van bijzondere contracten – speelt vandaag dus een sleutelrol bij de beoordeling of en welke (dwingende) regels van toepassing zijn.

2. De huidige juridische kwalificatiepraktijk leidt er evenwel toe dat dwingende rechtsregels niet altijd toepassing vinden, ondanks het bestaan van een feitelijke situatie die onder hun beschermingsdoel valt. Deze problematiek manifesteert zich op twee verschillende manieren, waarbij het onderscheid tussen beide niet altijd even scherp is.

-
- 1 Florian Pollefeyt, Aspirant FWO Centrum voor Rechtsmethodiek, Faculteit Rechtsgeleerdheid en Criminologische Wetenschappen KULeuven. Marie Cuvelier, Centrum voor Rechtsmethodiek, Faculteit Rechtsgeleerdheid en Criminologische Wetenschappen. Prof.dr. Bernard Tilleman, Gewoon hoogleraar, Centrum voor Rechtsmethodiek en Instituut voor Contractenrecht, Faculteit Rechtsgeleerdheid en Criminologische Wetenschappen.
 - 2 Met de notie "dwingend recht" doelt deze bijdrage in principe op regels van zowel dwingend recht als openbare orde.
 - 3 M.E. Storme, 'Dwingend recht in vele tinten', *TPR* 2023/1, p. 5-7; E. Tjong Tjin Tai, 'Het bijzondere van bijzondere overeenkomsten', *TPR* 2023/1, p. 9-23 (die (rechtsvergelijkend) aantoont dat dit fenomeen ook in andere landen voorkomt). Zie ook: H.B. Krans, 'Het belang van kwalificatie', *NTBR* 2012/39; W.H. van Boom, 'Uitleg en kwalificatie: stappenplan of eendentest?', *NTBR* 2021/2, p. 35-40.
 - 4 S. Van Gulijck, 'De kwalificatie van de (bijzondere) overeenkomst naar Nederlands en Belgisch recht', in: S. De Rey, *Het nieuwe Belgische verbintenissenrecht vanuit Nederlands perspectief*, Leuven: Lea 2024, p. 141.

Enerzijds kunnen partijen via partijkwalificatie – de omschrijving die zij zelf aan hun rechtsverhouding geven (*infra* nr. 10) – proberen te voorkomen dat dwingende regels toepassing vinden. Deze problematiek komt in het bijzonder scherp naar voren in het Belgische privaatrecht. In navolging van eerdere (cassatie)rechtspraak legt artikel 5.68 BW namelijk een belangrijke rol weg voor de partijkwalificatie, die als uitgangspunt geldt (*infra* nr. 11). Daarbij rijst de vraag wat de precieze grenzen zijn aan de vrijheid van de partijen om hun rechtsverhouding zelf te kwalificeren wanneer dwingend recht toepassing zou kunnen vinden, en dus in hoeverre de rechter het contract kan of moet herkwalificeren.

Anderzijds is er een enorme toename van bijzondere (vaak Europese)⁵ regelgeving, die elkaar inhoudelijk overlappen, terwijl hun toepassingsgebied- en voorwaarden niet systematisch op elkaar zijn afgestemd. Tegelijkertijd ontstaan er, onder invloed van maatschappelijke en economische ontwikkelingen, steeds meer rechtsverhoudingen die zich onttrekken aan klassieke juridische dichotomieën, zoals koop versus dienst, arbeid versus zelfstandigheid, en gebruik versus eigendom. Nieuwe economische modellen (zoals platformstructuren⁶), technologische innovaties (zoals digitalisering⁷, maar ook modulaire en prefab-bouwtechnieken⁸) en de toenemende verwevenheid van dienstverlening en levering van goederen (*servitisation*⁹) leiden tot hybride figuren die de klassieke kwalificatiekaders onder druk zetten.

Er bestaat bovendien een wisselwerking tussen deze twee problematieken. De vervaging van de klassieke onderscheiden verhoogt het risico dat partijen via partijkwalificatie ontkomen aan de toepassing van bijzondere dwingende regelgeving. Tegelijkertijd vervaagt het onderscheid tussen beide problematieken, omdat partijen niet alleen via

5 S. De Rey, 'Een nieuw verbintenissenrecht als onderdeel van de hercodificatie van het Belgische privaatrecht', in: S. De Rey, *Het nieuwe Belgische verbintenissenrecht vanuit Nederlands perspectief*, Leuven: Lea 2024, p. 141; M.E. Storme en J. Werbrouck, 'Invloed van het Europees recht op het Belgische contractenrecht en (in)consistentie van dat laatste met het eerste', *NTBR* 2022, p. 120-131; W. Van Gerven, 'Verkokering van het privaatrecht', *TPR* 1991, p. 1021-1023; A. Van Oevelen, 'Het burgerlijk recht buiten het Burgerlijk Wetboek', in: D. Heirbaut en G. Martyn, *Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen: Kluwer 2005, p. 235 e.v. Vgl. E.M. Meijers, 'Voor- en nadelen van het samenstellen van een Nieuw Burgerlijk Wetboek', *VPO I* 1954, p. 175 ("Iedere wijzigingswet op zichzelf beschouwd is een vooruitgang. Maar het is met wijzigingswetten als met een slingerplant, die begint zich sierlijk om de stam van een forse boom te winden, en met enige fraaie bloemen het oog van de toeschouwer te bekoren; op de duur echter wordt de omstrengeling krachtiger en krachtiger en het einde is de dood van de boom.")

6 Zie daarover uitgebreid (in het bijzonder over de moeilijkheden bij de invulling van het begrip onderneming): B. Devolder, *Gebruikersbescherming in de deeleconomie*, Brugge: die Keure 2022.

7 A.C. van Schaick, *Digitalisering en het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019. Zie ook: M. Schmidt-Kessel, 'The end of sales paradigm', *TPR* 2024/1-2, p. 683 e.v. (die beschrijft hoe door de digitalisering de oriëntatie van het algemene contracten- en verbintenissenrecht op het kooprecht haar grenzen bereikt) en in dezelfde zin: T. Hartlief, 'Koop als gids voor het contractenrecht', *NJB* 2019/40, p. 2493.

8 Zie ook: B. Verheye, 'Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie [in Belgisch en Nederlands recht]', *TPR* 2019/1, p. 107-196; S. van Gulijk, 'De juridische kwalificatie van verdienstelijking in de gebouwde omgeving', *WPNR* 2021/7326.

9 Deze problematiek was al het voorwerp van een eerder preadvies: B. Keirsbilck, E. Terryn en E. Van Gool, 'Consumentenbescherming bij servitisation en product-dienst-systemen (PDS)', *TPR* 2019/3-4, p. 817-899; V. Mak, 'Consumentenbescherming bij servitisation [Een Nederlandse focus op de trend waarbij aanbieders steeds vaker diensten aanbieden naast of in plaats van producten]', *TPR* 2019/3-4, p. 779-816.

rechtstreekse kwalificaties (*Etikettenschwindel*) de toepassing van dwingende regels proberen te ontwijken, maar ook via andere artificiële constructies, zoals de tussenplaatsing van personen of de splitsing van rechtsfeiten.¹⁰

3. In deze context blijkt de louter formeel-definitoische kwalificatiebenadering niet langer toereikend om het beschermingsbereik van dwingende rechtsnormen op een coherente wijze te operationaliseren. Deze dominante formele benadering stelt de toepasselijkheid van dwingende regimes afhankelijk van de indeling van een contract onder strikt omliggende, wettelijk benoemde contracttypes. Dit leidt echter steeds vaker tot situaties waarin dwingende bepalingen géén toepassing vinden, hoewel de feitelijke constellatie wél binnen het beschermingsdoel van die bepalingen valt.¹¹

4. In beide problematieken rijst dezelfde overkoepelende vraag, die centraal staat binnen dit onderzoek: in welke mate leidt de huidige juridische kwalificatiepraktijk ertoe dat dwingende rechtsregels buiten toepassing blijven, ondanks het bestaan van een feitelijke situatie die wel door hun beschermingsdoel wordt bestreken? Welke normatieve en praktische implicaties vloeien daaruit voort voor wetgever, rechter en rechtspraktijk? Bij de beantwoording van deze vragen beperken we ons niet tot een conceptuele analyse. We bestuderen ook de praktische gevallen waarin de kwalificatievraag in verhouding met dwingend recht vandaag het meest prangend is. De *case studies* dienen als instrument om het probleem in de praktijk zichtbaar te maken, de onderliggende patronen te analyseren en te onderzoeken welke technieken kunnen worden aangewend om aan dit probleem tegemoet te komen. In de Belgische context moet daarbij bijzondere aandacht worden besteed aan de impact van de voorgestelde hervorming van het bijzondere contractenrecht (voorgesteld Boek 7 BW).¹²

1.2 Kwalificatie: algemeen

1.2.1 Wat is kwalificatie en wat is belang?

5. Kwalificatie is cruciaal om het toepasselijke wettelijke regime te bepalen. Bij kwalificatie in algemene zin wordt een rechtsfeit gekoppeld aan een abstracte hypothese, zoals

¹⁰ Zie daarover: N. Van Damme, *Wetsontduiking*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 453 e.v.

¹¹ Zie ook kritisch over een te formalistische benadering: W. Van Gerven, 'De Amerikaanse hoogleraar Hohfeld (1917) en het Belgische hof van cassatie over overeenkomsten ter bedde', *RW* 1972/41, p. 1973 ("Wil men voorkomen dat juridische categorieën en begrippen, zoals subjectief recht, overeenkomst, rechtspersoon en dergelijke, geen sta-in-de-weg worden voor de oplossing van gevallen, dan dient men deze categorieën en begrippen te ontdoen van het wit-zwart karakter, dat hen te dikwijls kenmerkt. Zoniet zal de jurist de complexe, veelkleurige werkelijkheid proberen te vatten met behulp van absolute, eenkleurige begrippen, hetgeen aan het systeem een illusie van zekerheid zal geven maar het meteen ongeloofwaardig zal maken. In een tijdsgebeuren dat meer vertrouwen stelt in maatschappelijke binding dan in juridische binding (...) dienen juristen alles in het werk te stellen om het recht geloofwaardig te maken. Dit kan o.m. door tot dusver absoluut opgevatte categorieën en begrippen te relativeren, te differentiëren en te verfijnen. Doet men dit niet, dan worden ze onbruikbaar.")

¹² Wetsvoorstel 20 februari 2025 tot invoering van Boek 7 "Bijzondere contracten" in het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2024-2025, 56 0743/001.

geformuleerd in een rechtsregel. Op die manier krijgt een rechtsfeit een duidelijk juridisch etiket, waarmee wordt vastgesteld welke rechtsregels daarop van toepassing zijn.¹³

6. Bij contracten plaatst de kwalificatieoefening de contractuele relatie binnen een contracttype, zoals koop, pacht of handelsagentuur.¹⁴ Deze vorm van etikettering is niet vrijblijvend. Het bepaalt de rechtsregels die een contract beheersen en daarmee de concrete rechten en verbintenissen die rusten op de contractspartijen.¹⁵ Indien aan een etiket dwingende rechtsregels kleven, begrenst dit bovendien de contractuele manoeuvreerruimte van de partijen. Deze kwalificatieoefening laat het bijzondere contractenrecht toe haar interpretatieve, corrigerende, beschermende en faciliterende functie uit te oefenen.¹⁶

1.2.2 Verhouding kwalificatie en interpretatie

7. Traditioneel wordt aangenomen dat interpretatie kwalificatie voorafgaat.¹⁷ Deze strikte opdeling komt ook tot uiting in de structuur van boek 5 BW. Hier onderscheidt de wetgever duidelijk de regels rond interpretatie (art. 5.64-5.66 BW) van de daaropvolgende regels rond kwalificatie (art. 5.67-5.68 BW). Volgens deze klassieke visie moet de inhoud van een contract eerst worden bewezen en geïnterpreteerd. De centrale doelstelling van de interpretatie is het achterhalen van de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen bij het sluiten van het contract (art. 5.64 BW). De rechter vertrekt daarbij vanuit de tekst van het contract (intrinsieke elementen, waaronder ook de partijkwalificatie (*infra*

13 I. Claeys en T. Tanghe, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen: Larcier-Intersentia 2025, p. 503; W. Eeckhoutte, 'Gegaz' in de cassatierechtspraak', *NJW* 2005/95, p. 5; B. Veeckmans, 'Interpretatie en aanverwante rechtsbegrippen in geschillen tussen contractanten', *Limb.Rechtsl.* 2000/4, p. 338.

14 Merk op dat kwalificatie er uiteraard ook toe kan leiden dat een contract wordt gecategoriseerd als 'onbenoemd', waardoor de regels uit het gemeen verbintenissenrecht van toepassing zijn.

15 Deze kwalificatie is niet alleen bepalend voor de toepasselijke civielrechtelijke regels, maar ook voor de relevante fiscaalrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke bepalingen. In deze bijdrage ligt de focus op het civiele luik.

16 De interpretatieve functie van het contractenrecht bestaat uit de verduidelijking van het gemeen contractenrecht in de bijzondere context van een benoemd contract. De corrigerende functie houdt in dat het bijzondere contractenrecht een regel van het gemeen contractenrecht kan nuanceren of aan de kant zetten, omdat de toepassing ervan op een bepaald benoemd contract onwenselijk is. De beschermende functie betekent dat het bijzondere contractenrecht de zwakkere partij of het algemeen belang kan beschermen via specifieke regels waarvan niet mag worden afgeweken. Tot slot heeft het bijzondere contractenrecht een faciliterende functie door een bijzondere regeling aan te bieden die ervoor zorgt dat partijen niet alles in hun contract moeten bedingen. Zie hierover uitgebreider: Kamerstukken 2024-2025/56, 743, nr. 1, p. 4-5 (Wetsvoorstel). Vergelijk met de 3 *ratio's* van het bijzondere contractenrecht die de Nederlandse bijdrage aanduidt (Preadvies NL nr. 1).

17 Kamerstukken 2020-2021/55, 1806, nr. 1, p. 80 (Wetsvoorstel); S. Benzidi en C. Legrand, 'Interprétation, la qualification et les effets entre parties du contrat', in: R. Jafferli, *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel: Larcier 2022, p. 178; E. Causin, 'L'interprétation des contrats en droit belge' in: M. Van de Kerkchove, *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Brussel: Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles 1978, nr. 317-319; P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge – Tome II – Les obligations*, Brussel: Bruylant 2013, p. 638; J. Waelkens, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 193.

nr. 10)).¹⁸ Deze analyse kan worden aangevuld met extrinsieke elementen, zoals de wijze waarop het contract wordt uitgevoerd¹⁹ of voorafgaande brieven en e-mails.²⁰ Pas na die interpretatieoefening volgt in een tweede stap de kwalificatie van het contract. Bij kwalificatie wordt het intussen bewezen en geïnterpreteerde contract gesubsumeerd onder de definitie van een contracttype waaraan specifieke rechtsgevolgen worden verbonden.²¹

8. Binnen dit rechtlijnig stappenplan wordt interpretatie traditioneel beschouwd als een feitenkwestie, terwijl kwalificatie wordt gezien als een rechtskwestie. Het belangrijkste gevolg hiervan is dat men klassiek aanneemt dat het Hof van Cassatie wel controle kan uitoefenen op de rechterlijke kwalificatiewerkzaamheden, terwijl interpretatie als feitenkwestie toebehoort aan de zogenaamde soevereine beoordelingsmacht van de feitenrechter.²² Dat onderscheid moet evenwel worden genuanceerd op grond van o.m. artikel 5.64, lid 2 BW. Deze bepaling stelt dat men aan een contract dat is neergelegd in een geschrift geen interpretatie mag geven die kennelijk onverzoenbaar is met de strekking van dat geschrift, wat wel het voorwerp kan uitmaken van een cassatiecontrole.²³

9. De hierboven beschreven traditionele benadering gaat uit van een strikte scheiding tussen feit en recht. Hierbij wordt het rechtsvindingsproces opgevat als een eenvoudig syllogisme waarin de rechtsregel en de feiten zich tot elkaar verhouden als respectievelijk *maior* en *minor*.²⁴ De praktijk is echter minder rechtlijnig dan de theorie. In werkelijkheid zijn interpretatie en kwalificatie (en ruimer feit en recht) niet strikt van elkaar te scheiden,

18 J. Waelkens, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, p. 424-425.

19 Zie bijvoorbeeld: Cass. 10 oktober 2011, *Pas.* 2011/10, nr. 536, concl. Adv. Gen. J.-M.

20 Kamerstukken 2020-2021/55, 1806, nr. 1, p. 75-76 (Wetsvoorstel).

21 I. Claeys en T. Tanghe, *Nieuw algemeen contractenrecht*, 2025, p. 504; W. Eeckhoutte, *NJW* 2005/95, p. 7; B. Veeckmans, *Limb.Rechtsl.* 2000/4, p. 338.

22 A. Guilmot, Y. Ninane en A. Cruquenaire, 'l'interprétation du contrat', in: P. Jadoul en Y. Ninane, *Obligations. Traité théorique et pratique*, Mechelen: Kluwer 2015, p. 13; P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge – Tome II – Les obligations*, p. 641, met verwijzingen naar o.m. Cass. 5 juni 1986, *Pas.* 1986, I, p. 1221; Cass. 11 september 1986, *Pas.* 1987, I, p. 40; Cass. 19 februari 1987, *Pas.* 1987, I, p. 738; Cass. 9 novembre 1990, *Pas.* 1990, I, p. 256.

23 Zie hierover uitgebreider: J. Tanghe, 'De controle van het Hof van Cassatie op de interpretatie van geschriften in een nieuwe verpakking', *RW* 2023-2024/4, p. 122-141. Zie ook: A. Cruquenaire, 'L'interprétation du contrat (Articles 5.64 à 5.66)', in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Luik: Wolters Kluwer 2024, p. 27; J. Waelkens, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, p. 353-400.

24 Zie bijvoorbeeld: E. Causin, in: M. Van de Kerkchove *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, nr. 48; B. Veeckmans, *Limb.Rechtsl.* 2000/4, p. 339.

Deze kritiek doet uiteraard geen afbreuk aan de rol van die logische deductie bij de legitimatie of rechtvaardiging van rechterlijke beslissingen. Zie evenwel kritisch: L. Duarte d'Almeida 'On the legal syllogism', in: D. Plunkett, S.J. Shapiro en K. Toh, *Dimensions of normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 335-364. Voor een uitgebreidere analyse, zie: F. Peeraer, 'De relevantie van het juridisch syllogisme vandaag: over heuristisch houvast en de paradox van de politieke macht', in: V. Sagaert, M.E. Storme en A. Van Hoe, *Het beleid van de rechter*, Mechelen: Kluwer 2024, p. 339-402. Zie ook J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *R.M. Themis* 1976, p. 494.

maar juist nauw met elkaar verweven.²⁵ De toepassing van rechtsregels op feiten is inderdaad beter te beschrijven als een dynamisch, iteratief proces met een voortdurende wisselwerking of “*Hin- und Herwandern des Blickes*”²⁶ tussen (onder meer) interpretatie en kwalificatie.²⁷ Bij de interpretatie van een feitencomplex heeft de rechter al een aantal mogelijke toepasselijke rechtsregels in zijn achterhoofd. Omgekeerd selecteert hij mogelijke toepasselijke rechtsregels op basis van datzelfde feitencomplex.²⁸ Bovendien kan de kwalificatie soms de toepasselijke interpretatieregels mede bepalen.²⁹ Om het met de beeldspraak van VAN GERVEN te zeggen: dit proces is zoals het graven van een tunnel waarbij men aan weerskanten begint, waardoor het onmogelijk is om te bepalen waar het oordeel in feite eindigt en het oordeel in rechte begint.³⁰

Ook de Hoge Raad nuanceert de klassieke tweestappen-toets zoals geformuleerd in het *Inscharings*-arrest³¹. In een arrest van 31 januari 2025³² bevestigde de Hoge Raad verwijzend naar het *Timeshare*-arrest³³ de zogenaamde ‘als geheel’ correctie: “*Bevat de overeenkomst elementen op grond waarvan op zichzelf aan de wettelijke omschrijving van huur is voldaan, dan is het mogelijk dat de overeenkomst in de gegeven omstandigheden, gelet op haar inhoud en strekking, in haar geheel beschouwd toch niet als huurovereenkomst moet worden aangemerkt. Bij de beoordeling of deze uitzondering zich voordoet is het mede van belang voor welke situatie partijen een regeling hebben willen treffen en of een kwalificatie anders dan als huurovereenkomst zich in die situatie verdraagt met het dwingendrechtelijke beschermingsregime.*” Onze Nederlandse mede-*preadviseurs* besluiten dat deze uitspraak een functionele correctie op de klassieke tweestappen-toets uitmaakt (*Preadvies NL, infra* nr. 10).³⁴

25 J.-F. van Drooghenbroeck, ‘Le juge et le contrat’, *RGDC* 2007/21, p. 598; A. Guilmot, Y. Ninane en A. Cruquenaire, in: P. Jadoul en Y. Ninane, *Obligations: Traité théorique et pratique*, p. 76. Zie uitgebreider over de verwevenheid tussen bewijskracht, bewijswaarde en interpretatie: J. Waelkens, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, p. 353-400.

26 K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg: Winter 1963, p. 13.

27 Zie in die zin ook: I. Claeys en T. Tanghe, *Nieuw algemeen contractenrecht*, p. 504; W. van Eeckhoutte, *NJW* 2005/95, p. 7; B. Veeckmans, *Limb.Rechtsl.* 2000/4, 339-342.

Storme bepleit dat dit hele proces vanuit het standpunt van de rechter met één woord benoemd kan worden, nl. het rechterlijk uitleggen of wijzen, en vanuit het standpunt van de partijen als bewijsvoering of het bepalen van de rechtsgevolgen van een verhouding met het aan de uitlegger eigen gezag: M.E. Storme, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, Brussel: E. Story-Scientia, 1990, p. 6 en p. 8-9.

28 W. Van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen: Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973, p. 130.

29 J. Waelkens, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, p. 635 e.v.

30 W. Van Gerven, *Het beleid van de rechter*, p. 130.

31 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (*Inscharingsarrest*).

32 HR 31 januari 2025, ECLI:NL:HR:2025:167, *NJ* 2025/189.

33 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9673 (*Timeshare*).

34 Zie ook al eerder: W.H. van Boom, ‘Uitleg en kwalificatie: stappenplan of eendentest?’, *NTBR* 2021/2, p. 35-40.

1.3 Partijkwalificatie en herkwalificatie

1.3.1 Partijkwalificatie

10. Partijen kunnen zelf aangeven dat hun contract behoort tot een bepaald contracttype. De partijkwalificatie kan zowel rechtstreeks plaatsvinden, bijvoorbeeld in het opschrift van het contract³⁵ of in een afzonderlijke bepaling van het contract³⁶, als onrechtstreeks, bijvoorbeeld door clausules op te nemen of formaliteiten te vervullen die duidelijk eigen zijn aan een contracttype.³⁷ Verder geldt er een onderscheid tussen een (*a priori*) inhoudsbepalende partijkwalificatie (partijkwalificatie in de eigenlijke zin) en een *a posteriori*-kwalificatie of een “achteloze” *a priori*-kwalificatie (partijkwalificatie in de oneigenlijke zin).³⁸

Bij een (*a priori*) inhoudsbepalende partijkwalificatie geven de contractspartijen een kwalificatie aan het contract met de bedoeling om het juridisch regime te bepalen dat op het contract van toepassing is.³⁹ Dergelijke partijkwalificatie maakt deel uit van de contractuele afspraken en valt zo in principe binnen de bindende kracht van het contract.⁴⁰ Partijen proberen met een dergelijke partijkwalificatie bijvoorbeeld te ontkomen aan de toepassing van een specifiek dwingend regime. Zo zijn er pogingen om de toepassing van het arbeidsrecht te verhinderen door een contract te kwalificeren als een dienstencontract (voorgesteld art. 7.4.1. BW). Daarnaast kan de partijkwalificatie een instrument zijn om een aanvullend of dwingend regime tussen partijen van toepassing te verklaren, ook indien niet aan de daarvoor geldende toepassingsvoorwaarden is voldaan.⁴¹ Zo kunnen partijen zich via partijkwalificatie vrijwillig onderwerpen aan het (dwingend) regime van

35 Zonder dat het opschrift evenwel steeds volstaat om een partijkwalificatie in de eigenlijke zin uit te maken.

36 Zie voor een voorbeeld: M. Fontaine en F. De Ly, *Drafting International Contracts*, Leiden: BRILL 2011, p. 122: “*This Agreement shall not be construed in any way to create any joint venture, partnership or principal and agent relationship between Seller and Purchaser.*”

37 W. van Eeckhoutte, *NJW* 2005/95, p. 8. Zie voor een voorbeeld van een onrechtstreekse partijkwalificatie: Cass. 3 mei 2004, S.03.0108.N, juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2004:ARR.20040503.23.

38 W. van Eeckhoutte, *NJW* 2005/95, p. 8; J. Waelkens, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, p. 415-416.

39 P. Brulez, *Koop en aanneming: faux amis?*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 103; W. van Eeckhoutte, *NJW* 2005/95, p. 6; J. Waelkens, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, p. 415 e.v. Zie ook: H.N. Schelhaas en W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Zutphen: Paris bv 2016, p. 78-79.

40 W. van Eeckhoutte, *NJW* 2005/95, p. 8; J. Waelkens, *Interpretatie van overeenkomsten en eenzijdige rechtshandelingen*, p. 417 e.v.

41 P. Brulez, *Koop en aanneming: faux amis?*, Antwerpen, Intersentia, 2015, p. 103; N. Van Damme, *Wetsontduiking*, Brussel: Intersentia 2020, p. 383. Zie ook: H.N. Schelhaas en W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, p. 78-79 (“*Van aanvullend recht kunnen partijen afwijken. Er lijkt geen bezwaar tegen te bestaan dat zij dit doen door zélf hun overeenkomst te kwalificeren, met de bedoeling dat de aan die kwalificatie door de wet verbonden rechtsgevolgen zullen intreden. Met betrekking tot dwingend recht zal een dergelijk beding die werking niet kunnen hebben.*”). Zie ook over de functie van aanvullende regimes: M.E. Storme, ‘Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law’, *ERPL* 2007, nr. 1.3.

de handelshuur,⁴² de woninghuur⁴³, de woningbouwwet⁴⁴ of het consumentenkrediet⁴⁵, hoewel zij buiten de wettelijke toepassingsvoorwaarden vallen. Dit onderscheid is relevant voor de vraag in welke mate de rechter gebonden is door de partijkwalificatie, en dus wanneer hij kan of moet herkwalficeren (*infra* nrs. 11-19).

Deze inhoudsbepalende partijkwalificatie moet onderscheiden worden van een “achteloze” *a priori*-kwalificatie of een *a posteriori*-partijkwalificatie.⁴⁶ Het gaat over gevallen waarin de partijen een opschrift aan hun contract hebben gegeven, zonder hiermee de toepasselijke rechtsregels te hebben willen bepalen (zodat deze kwalificatie geen deel uitmaakt van de bindende kracht van het contract). Dit zijn geen partijkwalificaties in de eigenlijke zin, zodat de rechter hierbij niet gebonden is door de beperkingen die gelden voor de herkwalficatie (in de zin van artikel van art. 5.68 BW) (*infra* nr. 18). Rechters kunnen bij dergelijke oneigenlijke partijkwalificaties dan ook zelf rechtstreeks kwalificeren volgens de algemeen geldende principes (*supra* nrs. 7-9).⁴⁷

1.3.2 Herkwalficatie

1.3.2.1 Leerstuk herkwalficatie ontwikkeld in cassatierechtspraak

11. De vraag rijst wanneer de rechter de kwalificatie van de partijen kan en/of moet aan de kant schuiven en vervangen door een andere kwalificatie die beter aansluit bij de onderliggende rechtsverhouding (“herkwalficatie”). Het huidige leerstuk over herkwalficatie in het Belgische privaatrecht is in grote mate beïnvloed door de “kwalificatiearresten”, gewezen door de Franstalige derde kamer van het Hof van Cassatie.⁴⁸ Het betrof drie zeer gelijkaardige gevallen. Telkens verbrak het Hof van Cassatie een arrest van het hof van beroep waarin een dienstencontract werd geherkwalficeerd als een arbeidscontract. Over deze herkwalficatie oordeelde het Hof van Cassatie: *“lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond ne peut y substituer une qualification*

42 Zie bijvoorbeeld: Rb. West-Vlaanderen (afd. Veurne) 15 november 2018, *TGR-TWVR* 2019/1, p. 9; Vred Gent (1) 22 februari 2007, *T. Vred.* 2009/5-6, p. 358; Vred Vilvoorde 15 maart 1973, *T. Vred* 1975, p. 42. Zie ook: Cass. 5 februari 1971, *Arr. Cass.* 1971, p. 548 (“Overwegende dat het bestreden vonnis, na wettelijk te hebben beslist, zoals uit het antwoord op het eerste middel blijkt, dat eiseres de toepassing van de regels betreffende de handelshuur niet kon vorderen op grond van de wettekst zelf, eraan toevoegt dat zij die toepassing evenmin kan vorderen op grond van een bijzonder beding van de huurovereenkomst, nu de overeenkomst zodanig beding niet bevat.”).

43 Zie bijvoorbeeld: Vred. Fleuron 27 mei 2014, *T. Vred.* 2015/5-6, p. 200, noot.

44 Zie bijvoorbeeld: Gent 12 juni 2009, *NjW* 2010, p. 253; Vred. Oudenaarde-Kruishoutem 1 april 2010, *T. Vred.* 2013, p. 44, noot C. Engels; N. Carette, *Handboek Wet Breyne*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 95.

45 D. Blommaert en J. Van Erom, ‘Kroniek gereguleerd kredietrecht 2010-2016’, *Bank & Financieel recht* 2016/2, met kritiek op Gent 21 januari 2010, *NjW* 2011, p. 106.

46 W. van Eeckhoutte, *NjW* 2005/95, p. 8.

47 W. van Eeckhoutte, *NjW* 2005/95, p. 8.

48 Vgl. eerder (oordelend dat de rechter niet gebonden is door de kwalificatie van de partijen): Cass. 15 februari 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, p. 771; Cass. 7 september 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, p. 1077; Cass. 14 november 2001, *Arr. Cass.* 2001/9, p. 19250.