

OPENBARE ORDE

OPENBARE ORDE

Liber amicis

Ludo CORNELIS

Openbare orde. *Liber amicis*
Ludo Cornelis

© 2019 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be

ISBN 978-94-000-1072-7
D/2019/7849/67
NUR 823

Dit boek is eveneens digitaal beschikbaar op www.jurisquare.be.

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

Ondanks alle aan de samenstelling van de tekst bestede zorg, kunnen noch de auteurs noch de uitgever aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele schade die zou kunnen voortvloeien uit enige fout die in deze uitgave zou kunnen voorkomen.

INHOUD

Inleiding	1
1. Een veelbelovende start: de voorbereidende werken van het Burgerlijk Wetboek	17
2. De lange weg naar groot gemis: de Belgische rechtsleer	35
2.1. François Laurent	36
2.1.1. Laurent en de openbare orde	39
2.1.2. Laurent en de goede zeden	42
2.1.3. Laurent en de gebiedende/verbiedende wetten	44
2.1.4. Poging tot synthese	45
2.2. Henri De Page	48
2.2.1. Algemeen	48
2.2.2. De Page en de openbare orde	52
2.2.3. De Page en de goede zeden	61
2.2.4. Hernieuwde poging tot synthese	67
2.3. Het grote gemis: de recente rechtsleer	73
2.3.1. De handboeken: ingedommeld	73
2.3.1.1. Artikel 6 BW	73
2.3.1.2. De openbare orde: veel woorden om weinig te zeggen	80
2.3.1.3. En de goede zeden in dat verbaal geweld?	90
2.3.1.4. Weinig nieuws onder de zon	92
2.3.2. Artikel 6 BW en het begrippenpaar in de daarop speci- fiek betrekking hebbende rechtsleer	93
2.3.2.1. De herontdekking van artikel 6 BW	94
2.3.2.2. Hoe homogeen of heterogeen is de openbare orde?. ..	99
2.3.2.3. De openbare orde als functionele norm, dan wel als kwalificatienorm	110
2.3.2.4. De openbare orde en de goede zeden in geuren en kleuren	116
2.3.2.4.1. Het algemene begrip openbare orde	117
2.3.2.4.2. De wet (rechtsregel) van openbare orde .	131

2.3.2.4.3. Het algemene begrip ‘goede zeden’	135
2.3.2.4.4. De wet (rechtsregel) van goede zeden . . .	141
2.3.2.5. Gemengde gevoelens als besluit	141
3. (Recente) burgerlijke rechtspraak: redder in nood?	149
3.1. Voorafgaand	151
3.1.1. De rechtsbedeling	151
3.1.2. De jurisprudentiële rechtsregel	156
3.1.3. Gebiedend en verbiedend recht	160
3.1.4. Onwettigheid, onrechtmatigheid en ongeoorloofdheid. . .	164
3.2. Artikel 6 (thans art. 2) BW	165
3.2.1. Artikel 6 en het daardoor gewekte (rechtmatige?) vertrouwen	165
3.2.2. Artikel 6 BW in mineur	168
3.2.3. Artikel 6 BW op volle kracht	173
3.2.4. Artikel 6 BW op kousenvoeten	177
3.2.5. Artikel 6 BW voorbijgelopen	182
3.2.6. Besluit: artikel 6 (thans art. 2) BW is aan hervalori- sing toe	189
3.3. De wet van openbare orde	194
3.3.1. Afbakening	194
3.3.2. Ook de wet van openbare orde is aan herijking toe	196
3.3.3. De wet van openbare orde versus de wet die de openbare orde aanbelangt	200
3.3.3.1. De aansprakelijkheid van de architect/aannemer . .	202
3.3.3.2. De effectenmarkt	202
3.3.3.3. Het sluikwerk	206
3.3.3.4. Het eigendomsrecht	209
3.3.3.5. De rechtsbedeling	211
3.3.4. Tussenbesluit: de opmars van samenlevingswaarden en -belangen	212
3.3.5. Het praktische belang van democratisch bepaalde samenlevingswaarden	216
3.3.6. De wet van dwingend of imperatief recht	225
3.3.6.1. Op zoek naar de imperatieve/dwingende wet. . .	226
3.3.6.2. Van gebiedend/verbiedend naar aanvullend recht .	232
3.3.6.3. Kortsluitingen als gevolg van het kantelmoment . .	236
3.3.7. Besluit	240
3.4. Het algemene begrip ‘openbare orde’	242

3.4.1.	Open norm of algemeen rechtsbeginsel?	242
3.4.2.	Van aarzeling tot terughoudendheid	248
3.4.3.	Openbare orde en algemeen belang	252
3.4.3.1.	In elkaars kielzog	252
3.4.3.2.	Autonomie	254
3.4.3.3.	Synthese	256
3.4.4.	Inhoudelijk: de ruggengraat van de openbare orde	258
3.5.	Het algemene begrip ‘goede zeden’	267
3.5.1.	Wat is van de goede zeden te verwachten?	267
3.5.2.	Hun inhoud	270
3.5.3.	Inhoudelijk: de ruggengraat van de goede zeden	278
3.6.	Jurisprudentiële toepassingen van de openbare orde	278
3.6.1.	‘ <i>Jura novit curia</i> ’	279
3.6.1.1.	Situering en draagwijdte van het adagium	279
3.6.1.2.	Het middel van openbare orde	286
3.6.1.3.	De rechtsgevolgen	291
3.6.1.4.	Het cassatiebelang als bovengrens	295
3.6.2.	Hoe bizar: een vleugellam Openbaar Ministerie	298
3.6.3.	Het ongeoorloofde belang	307
3.6.3.1.	Het belang	307
3.6.3.2.	Het ongeoorloofde belang	310
3.6.3.2.1.	Vergunningen die in de weg van het procesbelang lopen	311
3.6.3.2.2.	Fiscale wetten die in de weg van het procesbelang lopen	317
3.6.3.2.3.	Het procesbelang op de hindernispiste. .	322
3.6.3.3.	Synthese	330
3.6.4.	De ongeoorloofde verbintenis of overeenkomst	332
3.6.4.1.	De terminologie.	332
3.6.4.2.	Het ongeoorloofde voorwerp	334
3.6.4.3.	Precontractuele verplichtingen van openbare orde die tot ongeoorloofde overeenkomsten leiden.	342
3.6.4.4.	De ongeoorloofde oorzaak, respectievelijk toestemming	344
3.6.4.5.	De ongeoorloofdheid: ik hou van je evenmin.	347
3.6.4.6.	Van nietigheid tot inkorting: van kwaad naar minder erg?	354
3.6.4.7.	Synthese	365

3.6.5.	Ongeoorloofd(e) schade, respectievelijk schadeherstel ...	368
3.6.5.1.	Schade en schadeherstel.....	368
3.6.5.2.	Ongeoorloofde, respectievelijk onrechtmatige schade.....	373
3.6.5.3.	Toepassingen.....	377
3.6.6.	De toepassing van de wet in de tijd.....	385
3.6.6.1.	De beginselen.....	385
3.6.6.2.	Onherroepelijk vastgestelde rechten.....	386
3.6.6.2.1.	De definitieve bepaling van het subjectieve recht.....	388
3.6.6.2.2.	De problematische voorrang van onherroepelijk vastgestelde rechten ...	389
3.6.6.2.3.	De toepassingsvoorwaarden van de nieuwe wet.....	390
3.6.6.3.	In uitvoering zijnde overeenkomsten.....	391
3.6.7.	Het Belgische internationaal privaatrecht.....	396
3.6.7.1.	Afbakening.....	396
3.6.7.2.	Bespreking van de artikelen 21 en 25, § 1, 1° WIPR.....	397
3.6.7.3.	De exceptie van openbare orde.....	401
3.6.8.	Het ongeoorloofde bewijs(middel).....	407
3.6.8.1.	Algemeen.....	407
3.6.8.2.	Het strafrecht.....	409
3.6.8.3.	Het fiscaal recht.....	413
3.6.8.4.	Het privaatrecht.....	417
3.7.	Uitdaging, dan wel ondeugend besluit.....	419
4.	De openbare orde als publiekrechtelijk begrip.....	429
4.1.	Algemeen.....	429
4.2.	De Grondwet.....	432
4.2.1.	Algemeen.....	432
4.2.2.	Geen absolute of onbepaalde grondrechten.....	439
4.2.3.	Georganiseerde grondrechten.....	442
4.3.	Het EVRM en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.....	446
4.3.1.	Algemeen.....	446
4.3.2.	Het EVRM, getoetst aan het Handvest.....	450
4.3.2.1.	Algemeen.....	450

4.3.2.2.	Mensenrechten en samenlevingswaarden in het EVRM, getoetst aan het Handvest	452
4.3.2.3.	De begrenzing van mensenrechten in het EVRM, getoetst aan het Handvest	460
4.4.	De fundamentele vrijheden in het VWEU	473
4.4.1.	Algemeen	473
4.4.2.	De fundamentele vrijheden	475
4.4.3.	De beperking van de fundamentele vrijheden	480
4.5.	Besluit	486
4.6.	De openbare orde in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof . .	496
4.6.1.	Algemeen	496
4.6.1.1.	Het gelijkheidsbeginsel, respectievelijk het verbod van discriminatie	498
4.6.1.1.1.	Principiële beleidsvrijheid van de wetgever	499
4.6.1.1.2.	Beperking van de beleidsvrijheid	502
4.6.1.1.3.	De redelijkheidsbeoordeling	506
4.6.1.1.4.	De evenredigheidsbeoordeling	507
4.6.1.1.5.	Voorbeelden	508
4.6.1.2.	De aantasting van een grond- en mensenrecht . . .	518
4.6.1.2.1.	De verhouding tussen grond- en mensenrechten	518
4.6.1.2.2.	De begrenzing van grond- en mensenrechten	520
4.6.1.2.3.	De inmenging/beperking moet door een voldoende toegankelijke en nauwkeurige wet worden bepaald	526
4.6.1.2.4.	De inmenging moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving	530
4.6.1.2.5.	De inmenging moet aan een dwingende maatschappelijke behoefte beantwoorden	541
4.6.1.2.6.	Evenredig met de door de wetgever nagestreefde wettige doelstellingen	548
4.6.1.2.7.	De relevantie van de redelijkheidsbeoordeling	557
4.6.1.3.	Interconnectie tussen het gelijkheidsbeginsel en de beperking van een grond- en mensenrecht	563
4.6.2.	Het Grondwettelijk Hof en het algemeen belang	567

4.6.2.1.	Het algemeen belang	567
4.6.2.2.	De dwingende reden van algemeen belang.....	570
4.6.2.3.	Het algemeen belang als geconcretiseerde samenlevingsvorm en -waarden.....	573
4.6.2.4.	Het algemeen belang in een negatief daglicht.....	578
4.6.3.	Het Grondwettelijk Hof en de openbare orde.....	580
4.6.3.1.	Het arrest van 15 juli 1993.....	580
4.6.3.2.	Het arrest van 8 november 2000.....	582
4.6.3.3.	Het arrest van 18 januari 2012	585
4.6.3.4.	Het arrest van 6 december 2012	590
4.6.3.5.	Synthese	593
4.6.3.6.	Toepassingen	601
4.6.3.6.1.	De vrijheid van handel en nijverheid ..	602
4.6.3.6.2.	Het eigendomsrecht.....	608
4.6.3.6.3.	De toepassing van de wet in de tijd.....	617
a.	Het uitgangspunt.....	618
b.	De retroactieve wet	621
c.	Recht op overgangsrecht?.....	626
d.	De toepassing in de tijd van een jurisprudentiële ommekeer	630
4.6.3.6.4.	Synthese.....	633
4.6.4.	Besluit	637
4.6.4.1.	Openbare orde en publiekrecht	637
4.6.4.2.	De relevantie van de Grondwet.....	638
4.6.4.3.	De kenmerken van de democratie	642
4.6.4.4.	De beperking van grondrechten.....	644
4.6.4.5.	Openbare orde en algemeen belang: oversteek naar het privaatrecht	649
5.	Afsluitend essay	659
5.1.	De bevindingen.....	659
5.1.1.	Het BW van 1804.....	659
5.1.2.	De besproken rechtsleer tot en met het midden van de twintigste eeuw	660
5.1.3.	De rechtsleer sinds het midden van de twintigste eeuw ..	666
5.1.3.1.	In het algemeen verbintenissenrecht	666
5.1.3.2.	De rechtsleer die in het bijzonder op artikel 6 BW en/of op het begrippenpaar ingaat	668
5.1.4.	Recente rechtspraak.....	671

5.1.4.1.	Artikel 6 BW	671
5.1.4.2.	De wet van openbare orde of die de openbare orde aanbelangt.	673
5.1.4.3.	Het algemene begrip ‘openbare orde’	678
5.1.4.4.	Het algemene begrip ‘goede zeden’	680
5.1.4.5.	De jurisprudentiële toepassingen van de openbare orde	681
5.1.4.6.	Naar keuze: ondeugend, uitdagend of nijdig besluit	685
5.1.5.	De openbare orde als publiekrechtelijk begrip	691
5.1.6.	De openbare orde in de (recente) rechtspraak van het Grondwettelijk Hof	699
5.1.6.1.	De achtergrond	701
5.1.6.2.	De openbare orde en het algemeen belang	708
5.1.6.3.	Doorwerking op het privaatrecht	713
5.2.	De proef op de som: op weg naar een Europese openbare orde? ..	715
5.2.1.	Het EHRM en de openbare orde	717
5.2.1.1.	Algemeen	717
5.2.1.2.	Negatieve verplichtingen	720
5.2.1.3.	Positieve verplichtingen	723
5.2.1.4.	De exceptie van openbare orde	725
5.2.1.5.	Het algemeen belang in het EVRM	732
5.2.1.6.	Leiden alle wegen naar Rome?	738
5.2.1.6.1.	De inbreuk op een negatieve verpflich- ting	739
a.	Noodzakelijk in een democra- tische samenleving	741
b.	Bij de wet voorzien	755
c.	De evenredigheidsbeoordeling	757
d.	Synthese	761
5.2.1.6.2.	De inbreuk op een positieve verpflich- ting	764
5.2.1.7.	Bemoedigend (deel)besluit	768
5.2.2.	Het Hof van Justitie en de openbare orde	771
5.2.2.1.	Algemeen	771
5.2.2.2.	De interne markt	777
5.2.2.2.1.	De verdragsbepalingen	777
5.2.2.2.2.	De rechtspraak van het HvJ	780
5.2.2.2.3.	Secundair Unierecht	794

5.2.2.2.4.	De omkadering van de lidstatelijke openbare orde, respectievelijk van de dwingende reden van algemeen belang .	798
5.2.2.3.	Het misbruik van Unierecht	802
5.2.2.3.1.	De bepaling van de toepasselijke fundamentele vrijheid	807
a.	De vrijheid van vestiging	807
b.	Het vrij verkeer van kapitaal	809
5.2.2.3.2.	Een beperking van de toepasselijke, fundamentele vrijheid	810
5.2.2.3.3.	De ‘rechtvaardiging’ van de beperking	812
a.	De strijd tegen bedrog en misbruik	815
b.	De evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten	820
c.	De samenhang van het belastingstelsel	822
d.	De geschiktheid en noodzakelijkheid van de in aanmerking genomen rechtvaardigingsgrond	823
5.2.2.3.4.	De zwakke schakel in de rechtspraak van het HvJ	829
5.2.2.4.	Corthaut en de Europese openbare orde	832
5.2.2.4.1.	Politieke waarden	836
5.2.2.4.2.	Economische waarden	838
5.2.2.4.3.	Morele/sociale waarden	839
5.2.2.4.4.	Culturele waarden	841
5.2.2.4.5.	Bespreking	841
5.2.2.5.	Tweede bemoedigend (deel)besluit	844
5.3.	Algemeen besluit	849
5.3.1.	De samenlevingsvorm	860
5.3.2.	De nagestreefde samenlevingswaarden	868
5.3.3.	Grond- en mensenrechten als geconcretiseerde samenlevingswaarden	874
5.3.4.	De begrenzing van grond- en mensenrechten	878
5.3.5.	De openbare orde	881
5.3.5.1.	De morele ordening	884
5.3.5.2.	De politieke ordening	886
5.3.5.3.	De ecologische ordening	890

5.3.5.4. De sociale ordening	894
5.3.5.5. De economische ordening.....	897
5.3.5.6. De culturele ordening.....	910
5.3.5.7. De openbare orde in een notendop	911
5.3.6. De openbare orde in het publiekrecht	913
5.3.7. De openbare orde in het privaatrecht.....	921
5.3.7.1. Idealiter.....	925
5.3.7.2. Spookrijden en erger.....	929
5.3.7.3. Een andere aanpak	938
Epiloog	941
<i>Dankwoord</i>	<i>943</i>

