UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Sancties wegens wanprestatie: kroniek van de recentste evoluties

De Rey, S.E.; Stijns, Sophie

Publication date
2022

Published in
Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht / Revue Générale de Droit Civil Belge

Link to publication

Citation for published version (APA):
De Rey, S. E., & Stijns, S. (2022). Sancties wegens wanprestatie: kroniek van de recentste evoluties. *Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht / Revue Générale de Droit Civil Belge*, (1), 2-49.

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:07 Dec 2025

Sancties wegens wanprestatie: kroniek van de recentste evoluties

Sébastien DE REY
Postdoctoraal onderzoeker, Instituut voor verbintenissenrecht, KU Leuven en UHasselt
Docent, Leerstoel Rechtsgeleerdheid, Koninklijke Militaire School
Chargé de cours, Centre de droit privé, UCLouvain
Professeur invité, ULiège

Sophie STIJNS
Gewoon hoogleraar, Instituut voor verbintenissenrecht, KU Leuven
Covoorzitter van de Commissie tot hervorming van het verbintenissenrecht

Deze bijdrage verschaft een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie op het stuk van de sancties wegens niet-nakoming van contractuele verbintenissen. De bespreking benadrukt de vernieuwingen in de cassatierechtspraak en trekt de vergelijking met de bepalingen uit het Wetsvoorstel houdende Boek 5 'Verbintenissen' van het Burgerlijk Wetboek. De auteurs streven ernaar de krachtlijnen en tendensen aan te geven die in de rechtspraak van de jongste jaren tot uitdrukking komen.

La présente contribution donne un aperçu des principales évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de sanctions de l'inexécution d'une obligation contractuelle. L'analyse met l'accent sur les nouveautés introduites par les arrêts rendus par la Haute juridiction et les compare aux dispositions de la proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le Code civil. Les auteurs s'attachent à dégager les lignes de force et les tendances s'exprimant dans la jurisprudence de ces dernières années.

INHOUD

I. Ingebrekestelling 3
A. Uitgangspunten 3
B. Inhoud van de ingebrekestelling 4
II. Uitvoering in natura 8
A. Principe: normale wijze van gedwongen uitvoering 8
B. Uitzondering: onmogelijkheid of rechtsmisbruik 10
C. Uitvoering door een derde: vervanging van de schuldenaar 12
III. Herstel van schade wegens wanprestatie 16
A. Vorm van het herstel: schadevergoeding of herstel in natura 18
B. Omvang van het herstel: begroting van de vergoeding wegens wanprestatie 23
IV. Ontbinding 30
A. Keuzerecht 30
B. Gerechtelijke ontbinding 33
C. Buitengerechtelijke ontbinding op kennisgeving 39
D. Verhouding tot het uitdrukkelijk ontbindend beding 47

1. Inleiding: opzet en afbakening – Deze bijdrage beoogt een overzicht te geven van de recentste ontwikkelingen in het verbintenissenrecht op het stuk van de sancties wegens niet-nakoming van contractuele verbintenissen. De ontwikkelingen op dit terrein worden vanuit een dubbel oogpunt geschetst.

Vooreerst is er aandacht voor de belangrijkste *ontwikkelingen in de rechtspraak*, in het bijzonder van het Hof van Cassatie. Op het punt van de sanctiemogelijkheden wegens wanprestatie blijkt onze rechtspraak immers volop in beweging. De jongste jaren wees het Hof van Cassatie vernieuwende of belangrijke beslissingen, die het arsenaal aan sancties wegens wanprestatie op fundamentele wijze verder uittekenen en vormgeven. In het Burgerlijk Wetboek van 21 maart 1804 is het wettelijk kader over de sancties wegens wanprestatie erg beknopt. Dankzij de rechtspraak en de rechtsleer werd dit sanctiearsenaal mettertijd gelukkig uitgebreid. Met de recentste cassatiearresten, die de aanleiding zijn voor deze bijdrage, blijft ook het Hof van Cassatie zich inzetten voor een modern sanctiearsenaal. Het gaat om verschillende mijlpaalarresten waarin de rechtsvormende rol van het Hof van Cassatie merkelijk tot uitdrukking komt. De periode die deze bijdrage hiervoor in ogenschouw neemt, behelst de laatste drie à vier jaar. Na een herinnering van de algemene principes, gaat de aandacht steeds naar de beslissingen zelf: de feiten, de bestreden beslissing, de toegepaste rechtsregels en de gevolgen die het Hof van Cassatie eraan vastknoopt. De beslissingen worden systematisch door de auteurs geduid.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

Daarnaast is niet alleen de rechtspraak, maar *ook de wetgeving* op dit punt volop in beweging. Het Belgisch Staatsblad van 14 mei 2019 publiceerde de wet van 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek.[1] Sinds de inwerkingtreding van deze wet, namelijk 1 november 2020, draagt het Burgerlijk Wetboek van 21 maart 1804 het opschrift 'oud Burgerlijk Wetboek' (oud BW). Het gloednieuw Burgerlijk Wetboek heet simpelweg 'Burgerlijk Wetboek' (BW). Tot dusver werden alleen Boek 3 'Goederen'[2] en Boek 8 'Bewijs'[3] in dit Burgerlijk Wetboek ingevoegd. Op andere boeken is het nog wachten.[4] Zo werd ondertussen een Commissie opgericht ter voorbereiding van het boek 'Bijzondere overeenkomsten' en een Commissie ter voorbereiding van het boek 'Verjaring'.[5] Thans behandelt de Kamercommissie Justitie van het Federaal Parlement twee wetsvoorstellen van 24 februari 2021: één houdende Boek 1 'Algemene bepalingen'[6], een ander houdende Boek 5 'Verbintenissen'.[7] Het Wetsvoorstel tot invoeging van Boek 5 'Verbintenissen' (hierna: Wetsvoorstel Boek 5) zet in artikelen 5.83 e.v. de sanctieregeling uiteen voor de toerekenbare niet-nakoming van contractuele verbintenissen. De regeling bevat grotendeels een verankering van de *verworvenheden* van het geldende recht, punctueel bijgestuurd met *aanvullingen* en *vernieuwingen* daar waar nodig of wenselijk geacht.[8] Deze bijdrage kadert de besproken cassatierechtspraak in het licht van deze op til zijnde legislatieve ontwikkelingen. We blikken vooruit op de voorgestelde wetsbepalingen en gaan na of de beslissingen van het Hof van Cassatie verzoenbaar zijn met de voorgestelde wetsbepalingen. Waar sommige beslissingen uitspraak doen over kwesties waarover de voorgestelde wetsbepalingen zwijgen, lijken andere beslissingen nagenoeg naadloos aansluiting te zoeken bij de voorgestelde wetsbepalingen. In de rechtsleer is zelfs gesuggereerd dat het Hof van Cassatie zich voor enkele van de besproken beslissingen tot op zekere hoogte door de ontworpen bepalingen heeft laten inspireren.[9]

2. Plan – Hierna is de bespreking gestructureerd volgens de sancties waarover het Hof van Cassatie uitspraak deed. Vooreerst volgt een bespreking van de recente cassatierechtspraak over de verplichting tot *ingebrekestelling* (I, *infra* nrs. 3 e.v.). Daarna behandelen we achtereenvolgens de ontwikkelingen over de *uitvoering in natura* (II, *infra* nrs. 11 e.v.) en het *herstel van schade* wegens wanprestatie (III, *infra* nrs. 22 e.v.). Tot slot komt de *ontbinding* van het contract aan bod (IV, *infra* nrs. 36 e.v.).

I. Ingebrekestelling

A. Uitgangspunten

3. Algemeen rechtsbeginsel – Een schuldeiser die een contractuele sanctie in werking wil stellen moet zijn schuldenaar, in beginsel, eerst in gebreke stellen. Met een ingebrekestelling maant hij op een duidelijke en ondubbelzinnige wijze zijn schuldenaar gebiedend aan om zijn verbintenis na te komen. De wil van de schuldeiser moet duidelijk zijn zodat er bij de schuldenaar geen twijfel over bestaat dat zijn schuldeiser de verbintenis *uitgevoerd wil zien* en de schuldeiser *gevolgen zal verbinden* aan een niet-uitvoering.[10] Aan de toepassing van alle soorten sancties – gerechtelijke of buitengerechtelijke (zoals de ontbinding of de vervanging door een derde), wettelijk bepaalde (zoals het recht op schadevergoeding) of contractueel bedongen sancties (zoals een schadebeding, een uitdrukkelijk ontbindend beding of een vervalclausule in een verzekeringspolis[11]) – moet dus, behoudens vrijstelling, een ingebrekestelling voorafgaan.[12]

Al in een arrest van 9 april 1976 erkende het Hof van Cassatie een algemeen rechtsbeginsel van voorafgaande aanmaning vooraleer een sanctie wegens toerekenbare niet-nakoming van een verbintenis toepassing kan vinden.[13] Het Wetsvoorstel Boek 5 biedt

1. Wet 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek, *BS* 14 mei 2019, 46.353.
2. Wet 4 februari 2020 houdende boek 3 "Goederen" van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 17 maart 2020, p. 15.753 (inwerkingtreding: 1 september 2021).
3. Wet 13 april 2019 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 "Bewijs" in dat Wetboek, *BS* 14 mei 2019, p. 46.353 (inwerkingtreding: 1 november 2020).
4. Zie bv. wetsvoorstel tot invoeging van boek 2, titel 3 "Relatievermogensrecht" en boek 4 "Nalatenschappen, schenkingen en testamenten" *Parl. St.* Kamer, BZ, 2019, nr. 55-1272/10.
5. Opgericht bij MB 15 juni 2021 houdende oprichting Commissies tot hervorming van het overeenkomstenrecht en het verjaringsrecht (*BS* 2 juli 2021, p. 67.329). De commissie tot hervorming van het bijzondere contractenrecht bestaat uit Bernard Tilleman, Paul-Alain Foriers, Sophie Stijns, Rafaël Jafferali, Benoît Kohl, Maarten Dambre, Forence George, Pieter Brulez, Sébastien De Rey, Sanne Jansen en Jean-Christophe Boulet. De commissie tot hervorming van het verjaringsrecht bestaat uit Geert Jocqué en Maxime Marchandise.
6. Wetsvoorstel houdende Boek 1 "Algemene bepalingen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1805/001.
7. Wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, opnieuw ingediend op 24 februari 2021 wegens verval van de vorige wetsvoorstellen (zie *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3709/001 en *Parl.St.* Kamer, BZ, 2019, nr. 55-174/001).
8. Voor een overzicht van de bevestigingen en de vernieuwingen, zie: S. STIJNS, "Het ontwerp van nieuw Belgisch verbintenissenrecht", *WPNR* 2021, (659) nr. 11 e.v.; S. DE REY, "De herziening van het Belgische verbintenissenrecht: kennismaking met Boek 5 van het nieuw Belgisch BW", *NTBR* 2021, afl. 9/30 (243) 247 e.v.
9. Voor de bespreking van deze rechtspraak, zie o.m. S. STIJNS, "Het aankomend verbintenissenrecht in de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie", *TBBR* 2018, 406 e.v.; E. DIRIX, "Rechtspraak en Nieuw BW: vooruitlopen en teruggrijpen", *RW* 2020-21, 1158 e.v.; P. WÉRY, "Le projet de réforme belge du droit des obligations et la jurisprudence: un bel exemple de fécondation mutuelle" in *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel,* Brussel: Larcier 2021, 647 e.v.; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 33-5.
10. Zie o.m. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nrs. 1085 en 1091; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 442; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 775.
11. Voor het geval van de ingebrekestelling vooraleer een vervalclausule in werking wordt gesteld, zie: Cass. 9 april 1976, *Arr.Cass.* 1976, 921, *Pas.* 1976, 887, *RW* 1976-77, 921, noot. Zie thans art. 70, lid 3 Verzekeringswet 2014.
12. Bespreekt dit per sanctie in detail: P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nrs. 464-474.
13. Cass. 9 april 1976, *Arr.Cass.* 1976, 921, *Pas.* 1976, 887, *RW* 1976-77, 921, noot. Uitvoeriger over dit arrest, zie P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 463 en vol. 2, Brussel, Larcier, 2016, nr. 521.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

een wettelijke verankering aan dit beginsel[14], dat ook op de brede steun van de doctrine kan rekenen.[15] Het beginsel geldt trouwens niet alleen voor contractuele verbintenissen, maar voor elke verbintenis, of zij nu voortvloeit uit een contract, een eenzijdige wilsuiting of uit de wet.[16] Dit verklaart waarom het Wetsvoorstel Boek 5 de ingebrekestelling onderbrengt in het algemeen regime van de verbintenis.

4. Ingebrekestelling ad futurum – Op het ogenblik van de ingebrekestelling hoeft de verbintenis nog niet opeisbaar te zijn. Een ingebrekestelling *ad futurum* is mogelijk maar zij heeft pas gevolgen (zoals het lopen van de moratoire interesten) wanneer de verbintenis opeisbaar wordt, voor zover zij bestond toen de aanmaning werd gegeven.[17] Het nut van een vervroegde ingebrekestelling bestaat erin dat de schuldeiser onmiddellijk, bij het verstrijken van de tijdsbepaling, uitwerking kan geven aan een wettelijke of contractuele sanctie wegens wanprestatie. Artikel 5.232 Wetsvoorstel Boek 5 wil een expliciete grondslag verschaffen aan een dergelijke vervroegde ingebrekestelling: *"De schuldeiser kan de schuldenaar in gebreke stellen vóór het verstrijken van de tijdsbepaling, voor zover deze ingebrekestelling zich voldoende nabij het verstrijken ervan situeert. Zij heeft evenwel pas uitwerking zodra de tijdsbepaling is verstreken."*

5. Uitzonderingen – Ondanks de algemene draagwijdte van het vereiste van een voorafgaande ingebrekestelling, bestaan er talrijke situaties waarin de schuldeiser vrijgesteld is van de aanmaningsplicht.[18] Zo is geen ingebrekestelling vereist telkens de wet of het contract de schuldeiser hiervan *vrijstelt.*[19] De schuldeiser kan ze eveneens achterwege laten wanneer uit de omstandigheden volgt dat de ingebrekestelling van de schuldenaar om de verbintenis na te komen, *nutteloos* zou zijn.[20] Dit is bijvoorbeeld het geval bij de miskenning van een verbintenis om iets niet te doen[21], wanneer de verbintenis van de schuldenaar uit een onrechtmatige daad voortkomt[22], de schuldenaar laat weten dat hij de verbintenis niet zal uitvoeren[23], de uitvoering onmogelijk is geworden[24], of de schuldeiser geen belang meer heeft bij de uitvoering (zoals wanneer de schuldenaar de nuttige uitvoeringstermijn heeft laten verstrijken).[25] Deze klassieke uitzonderingen op de ingebrekestellingsverplichting staan opgesomd in artikel 5.233 Wetsvoorstel Boek 5.

B. Inhoud van de ingebrekestelling

6. Belang van inhoud, niet van vorm – In ons recht is de inhoud van de ingebrekestelling beslissend, niet haar vorm. Na een lange evolutie in de interpretatie van het artikel 1139 oud BW (dat een "aanmaning of een andere daarmee gelijkstaande akte" vereist), besliste het Hof van Cassatie dat men in burgerlijke zaken onder 'een met een aanmaning gelijkgestelde akte' mag verstaan *"elke akte die een sommatie bevat waaruit de schuldenaar noodzakelijk heeft moeten opmaken dat hij in gebreke werd gesteld zijn verbintenis na te komen*".[26] In het gemeen recht gelden dus geen vormvoorwaarden voor de geldigheid van een ingebrekestelling[27], tenzij de wet of het contract hiervan afwijken.

Ook op inhoudelijk vlak is het gemeen recht erg soepel. Volgens een vaste cassatierechtspraak behoeft de ingebrekestelling "niet méér (…) in te houden dan

14. Zie artikel 5.231, lid 2 Wetsvoorstel Boek 5 dat stelt: "Aan iedere sanctie wegens niet-nakoming moet een ingebrekestelling voorafgaan in de gevallen voorzien in de artikelen 5.83 en 5.22".
15. Zie bv. P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil,* Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 1502; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht, Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 237; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2021, 182 en 601 e.v.; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1086; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 463; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 771.
16. P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil*, Coll. De Page, II/3, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 1502; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 2, Brussel, Larcier, 2016, nr. 504-529; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1086; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht, Boek 2*, Brugge, die Keure, 2020, nr. 122; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 443.
17. D.i. vaste rechtspraak: Cass. 19 juni 1989, *Arr.Cass*. 1988-89, 1249, *Pas.* 1989, 1132, concl. Adv. Gen. E. LIEKENDAEL, *JLMB* 1989, 1186, *JTT* 1989, 424, noot en *RNB* 1990, 92; Cass. 25 februari 1993 (ver.k.), *Arr.Cass*. 1993, 222, *Pas.* 1993, 210, *RW* 1993-94, 126, *TBH* 1994, 141, noot M.E. STORME; Cass. 27 maart 2000, *Arr.Cass*. 2000, 652 en *Pas.* 2000, 643; Cass. 16 april 2009, C.07.0604.F, concl. Adv. Gen. WERQUIN, *Arr.Cass*. 2009, 1027 en *Pas.* 2009, 940. Zie bv. voor een correcte toepassing: Vred. Gent 4 april 2016, *RW* 2017-18, 114.
18. Voor een recent overzicht van de diverse uitzonderingen: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1088; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nrs. 476-482; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nrs. 779-783.
19. Het belangrijkste voorbeeld van een wettelijke vrijstelling is te vinden in art. 5 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties, *BS* 7 augustus 2002.
20. Cass. 24 maart 1972, *Arr.Cass*. 1972, 707 en *Pas.* 1972, 693. Het hof van beroep te Luik roept dit arrest in en oordeelt dat een ingebrekestelling, alvorens een contract (*i.c.* van exclusieve bevoorrading met brood- en banketwaren) buitengerechtelijk te ontbinden, geen nuttig gevolg meer kan hebben wanneer de schuldenaar zich tegenover de schuldeiser schuldig heeft gemaakt aan een contractuele niet-nakoming die het verlies van vertrouwen heeft veroorzaakt dat noodzakelijk en onmisbaar is om de contractuele betrekkingen tussen de genoemde partijen in stand te houden (Luik 20 februari 2018, *DAOR* 2019/1, 62).
21. Zie art. 1145 oud BW en Cass. 23 september 1994, *Arr.Cass.* 1994, 777, *Pas.* 1994, 759; Cass. 9 maart 2018, C.17.0295.F, *RW* 2018-19, 1225, noot (*infra* nr. 23 over dit arrest).
22. Cass. 7 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 224 en *Pas.* 1992, 190; Cass. 26 september 1996, *Arr.Cass.* 1996, 810, *Pas.* 1996, 686 en *RW* 1996-97, 1030.
23. Cass. 17 januari 1992, *Arr.Cass*. 1991-92, 436, *Pas.* 1992, I, 421, noot, *R.Cass.* 1992, 25, nr. 44 en *TBH*, noot M.E. Storme. Zie bv. Rb. Hasselt 18 december 2000, *RW* 2002-2003, 1308.
24. Cass. 29 november 1984, *Arr.Cass*. 1984-85, nr. 203, 446.
25. Cass. 22 maart 1985, *Arr.Cass*. 1984-85, 1011, nr. 446 en *RCJB* 1989, 7, noot R. KRUITHOF. Het hof van beroep te Antwerpen oordeelt in die zin (in een koop van een voertuig tussen twee ondernemingen) dat de eenzijdige verdubbeling van de leveringstermijn door de verkoper, ook al was die slechts 'indicatief' krachtens de algemene voorwaarden, geen 'geringe vertraging' maar een contractuele wanprestatie uitmaakt die, gelet op haar aard, een ingebrekestelling voorafgaand aan een buitengerechtelijke ontbinding nutteloos maakte (Antwerpen 14 november 2016, *Limb.Rechtsl.* 2018/2, 138, noot S. VAN LOOCK).
26. Cass. 28 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 319, *Pas.* 1994, 317, *RW* 1994-95, 499 en *JTT* 1994, 323. In handelszaken was dit al langer zo: Cass. 7 mei 1880, *Pas.* 1880, 138 met concl. Eerste Adv. Gen. Mesdach de ter Kiele. Een ingebrekestelling kan in handelszaken dus per gewone brief (zo bv. Cass. 3 mei 1979, *Pas.* 1979, 1045) en hoeft niet noodzakelijk schriftelijk te gebeuren (bv. Cass. 20 november 2008, *Pas.* 2008, 2616, *TBBR* 2010, 458, noot A. DE BOECK, *RNB* 2009, 196 en *TBO* 2009, 26).
27. Zo werd recent een ingebrekestelling van de schuldenaar voorafgaand aan een ontbinding op kennisgeving afgeleid uit een geheel van e-mails waarmee de schuldeiser aan zijn schuldenaar herhaaldelijk de noodzaak om zijn verbintenissen na te komen, ter herinnering bracht: Luik 4 juni 2019, *DAOR* 2019/1, 69.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

de duidelijke en ondubbelzinnige uitdrukking van de wil van de schuldeiser om de hoofdverbintenis te zien uitvoeren".[28] Men hoeft dus geen sacramentele woorden als "ingebrekestelling" of "aanmaning" te gebruiken, maar om het gebiedend aspect in de verf te zetten, heeft die terminologie wel het voordeel van de duidelijkheid. Wat wel noodzakelijk uit de inhoud moet blijken is dat de schuldeiser aan zijn schuldenaar (1) op dwingende of gebiedende wijze en (2) in ondubbelzinnige bewoordingen duidelijk maakt dat hij (3) de nakoming eist van (4) een welbepaalde verbintenis. Het is onvoldoende mee te delen dat men op betaling "hoopt" of dat men uitvoering zou "wensen".[29]

In een arrest van 7 september 2020 en een arrest van 28 mei 2020 illustreert het Hof van Cassatie de voorwaarden waaraan de inhoud van een ingebrekestelling moet voldoen.

7. Specificiteit van de ingebrekestelling (Cass. 7 september 2020) – Het cassatiearrest van 7 september 2020[30] had betrekking op een geschil waarin een aannemingsbedrijf van de opdrachtgever de betaling eist van de uitgevoerde werken vermeerderd met de wettelijke, moratoire interest. De opdrachtgever betwist deze vordering door aan te voeren dat geen ingebrekestelling werd verstuurd door de aannemer met betrekking tot het bekomen van die interest. Het hof van beroep te Antwerpen oordeelt in een arrest van 12 december 2018 dat de aannemer wel degelijk een ingebrekestelling heeft gericht tot de opdrachtgever. Het hof stelt immers vast dat de aannemer een aangetekende brief verzond aan de opdrachtgever waarin hij de opdrachtgever *"verzocht om tot de definitieve oplevering over te gaan*." Met succes stelt de opdrachtgever hiertegen een cassatievoorziening in. In zijn tweede middel voert hij de schending aan van de artikelen 1139, 1146 en 1153, derde lid oud BW, omdat hij meent van de aannemer geen ingebrekestelling te hebben ontvangen die hem aanmaande tot betaling van de door de aannemer gevorderde bedragen, waaronder de interesten. Het Hof van Cassatie stelt de eiser in het gelijk. De bepalingen waarvan de eiser de schending inroept, houden in *"dat om schadevergoeding te kunnen vorderen, bestaande in de wettelijke interest bepaald bij artikel 1153 Burgerlijk Wetboek, de schuldeiser in de regel aan zijn schuldenaar duidelijk en ondubbelzinnig moet te kennen geven dat hij wil dat de verbintenis wordt uitgevoerd"*. Met deze overweging bevestigt dit arrest de soepele omschrijving die het Hof hanteert van de ingebrekestelling (*supra* nr. 6). Vervolgens herinnert het Hof van Cassatie eraan dat de rechter op onaantastbare wijze in feite beslist of een schuldeiser al dan niet duidelijk en ondubbelzinnig aan zijn schuldenaar te kennen heeft gegeven dat hij wil dat de schuldenaar zijn verbintenis uitvoert, maar dat het Hof vermag na te gaan of de rechter uit zijn vaststellingen zijn beslissing naar recht heeft kunnen afleiden. Dit laatste blijkt *in casu* niet het geval te zijn:

"Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat de eiser [de opdrachtgever] in zijn appelconclusie aanvoerde dat door verweerster [het aannemingsbedrijf] geen ingebrekestelling werd verstuurd met het oog op interest en dat de appelrechters vaststellen dat de verweerster bij aangetekende brief van 29 augustus 2015 de eiser verzocht om tot definitieve oplevering over te gaan.

De appelrechters die op grond van die enkele vaststelling beslissen dat de door verweerster [het aannemingsbedrijf] gevorderde wettelijke interest verschuldigd is vanaf de datum van ingebrekestelling, 'hetzij vanaf 29 augustus 2015', zonder vast te stellen (…) dat de aangetekende brief van 29 augustus 2015 de duidelijke en ondubbelzinnige uitdrukking van de wil van de verweerster bevat om van de eiser [de opdrachtgever] betaling te verkrijgen van de gevorderde bedragen, schenden de artikelen 1139, 1146 en 1153, derde lid, Burgerlijk Wetboek."

Samengevat oordeelt het Hof van Cassatie dat een aangetekende brief van een aannemer die een aanmaning bevat van de opdrachtgever om tot definitieve oplevering over te gaan, niet gekwalificeerd kan worden als een ingebrekestelling met het oog op de betaling van gevorderde bedragen en interesten. Dit arrest illustreert de tweede en de vierde voorwaarde voor een geldige ingebrekestelling: zij moet *duidelijk* en voldoende *specifiek* zijn en moet derhalve aangeven *van welke verbintenis* de schuldeiser de nakoming opeist. Dit is zeker vereist wanneer voor de betrokken schuldenaar meerdere verbintenissen voortvloeien uit het contract. De specificiteit van de ingebrekestelling wordt nochtans zelden belicht. P. Wéry vormt hierop een uitzondering door de vereiste van specificiteit van de aanmaning als volgt te benadrukken: *"La mise en demeure doit indiquer, avec précision, l'obligation en souffrance. L'interpellation du débiteur doit ainsi satisfaire à une exigence de spécialité."*[31] Het arrest brengt dit aspect van de ingebrekestelling terecht onder de aandacht. Het biedt de schuldenaar een verweer tegen onduidelijke en onspecifieke ingebrekestellingen.

28. Bv. Cass. 16 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 45, *Pas.* 1984, 48 en *RW* 1984-85, 464; Cass. 18 december 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 525, *Pas.* 1987, 484, *RW* 1987-88, 55 en *JT* 1987, 162; Cass. 28 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 319, *Pas.* 1994, 317, *RW* 1994-95, 499 en *JTT* 1994, 323. Benadrukken de soepelheid van het gemeen recht inzake de vorm en de inhoud van de ingebrekestelling: P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil,* Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 1504; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier 2021, nrs. 448-450 en 455-456.

29. O.a. S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence (1985-1995). Les obligations: les sources", *JT* 1996, (689) nr. 88; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht, Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 240; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1091; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 775.

30. Cass. 7 september 2020, AR C.19.0147.N, *TBH* 2020, 941 en *TBO* 2020, 514.

31. P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 456.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

8. Geen plicht tot aankondiging van sancties (Cass. 28 mei 2020) – In een arrest van 28 mei 2020[32], dat eveneens verband houdt met de inhoud van de ingebrekestelling, beantwoordt het Hof van Cassatie de vraag of de schuldeiser in de ingebrekestelling al moet aankondigen welke sancties de schuldenaar tegemoet ziet indien de ingebrekestelling vruchteloos blijft.

De feiten die aanleiding gaven tot dit arrest zijn samen te vatten als volgt. Bvba Budget Oil Belgium had haar schuldenaar, nv Pump Service Automatic, per brief van 27 oktober 2015 in gebreke gesteld om haar hoofdverbintenis tijdig na te komen. Toen de nakoming uitbleef, maakte de schuldeiser voor de rechter aanspraak op de contractueel bedongen 'vertragingsboete'. Voor het hof van beroep te Antwerpen ontspint zich een discussie over de inhoud van de ingebrekestelling: bvba Budget Oil Belgium zou, volgens nv Pump Service Automatic, haar als schuldenaar eigenlijk nooit duidelijk en ondubbelzinnig hebben laten weten dat zij dat schadebeding zou inroepen en de vertragingsboete dus zou opeisen. De appelrechter volgt het standpunt van de schuldenaar en oordeelt dat de brief van 27 oktober 2015 geen formele ingebrekestelling bevat voor de vertragingsboete en dat bvba Budget Oil Belgium nooit duidelijk en ondubbelzinnig liet weten aan de nv Pump Service Automatic dat zij die boete zou innen. De eis van de schuldeiser bvba Budget Oil Belgium ten bedrage van 2500 EUR per dag van 1 oktober 2015 tot 31 mei 2016 werd in beroep dan ook afgewezen. Met succes stelt bvba Budget Oil Belgium cassatieberoep in tegen deze beslissing. In zijn arrest van 28 mei 2020 oordeelt het Hof van Cassatie immers als volgt:

"Krachtens artikel 1146 Burgerlijk Wetboek is schadevergoeding eerst dan verschuldigd wanneer de schuldenaar in gebreke is zijn verbintenis na te komen, behalve indien hetgeen de schuldenaar zich verboden heeft te geven of te doen, niet kon gegeven of gedaan worden dan binnen een bepaalde tijd, die hij heeft laten voorbijgaan.

Die bepaling sluit weliswaar in dat, om recht te hebben op schadevergoeding, de schuldeiser duidelijk en ondubbelzinnig zijn wil moet hebben te kennen gegeven dat de verbintenis moet worden uitgevoerd, maar legt aan de schuldeiser niet de verplichting op om de schuldenaar te verwittigen dat deze, bij niet-nakoming van de hoofdverbintenis, de wettelijke of contractuele gevolgen zal dragen.

De betaling van een contractueel bedongen vertragingsboete is het gevolg van het niet-tijdig nakomen van een hoofdverbintenis door de schuldenaar."

Met de eerste zinsnede van de tweede overweging bevestigt het Hof de soepele omschrijving van de ingebrekestelling. Inhoudelijk moet die enkel de duidelijke en ondubbelzinnige wil van de schuldeiser bevatten dat de verbintenis moet worden uitgevoerd (*supra* nr. 6). De tweede zinsnede verduidelijkt dat een ingebrekestelling, voor haar geldigheid en uitwerking, evenwel niet vereist dat de schuldeiser zijn schuldenaar wijst op de mogelijke wettelijke of contractuele gevolgen van een volgehouden wanprestatie. Concreet betekent dit dat de ingebrekestelling niet moet aankondigen welke sanctie de schuldeiser zal of overweegt te zullen aanwenden. *In casu* kon de schuldeiser dus aanspraak maken op het schadebeding, ook al had hij in de ingebrekestelling niet aangekondigd zich op dit schadebeding te beroepen of schadevergoeding te eisen. Het verschuldigd worden van het schadebeding is immers het gevolg van de niet-nakoming door de schuldenaar van die verbintenis die net het voorwerp uitmaakte van de aanmaning tot nakoming. De voorwaarden van de duidelijkheid en van de specificiteit van de ingebrekestelling waren *in concreto* vervuld.

Dit arrest is niet alleenstaand, maar het was al een hele tijd geleden dat het Hof van Cassatie zich over deze vraag mocht buigen. In een arrest van 16 september 1983 dat ook handelde over een schadebeding, oordeelde het Hof dat de schuldeiser zijn schuldenaar in de ingebrekestelling niet moet verwittigen dat *"bij niet-uitvoering of vertraging in de uitvoering van de verbintenis, hij (de schuldenaar) de wettelijke of contractuele gevolgen daarvan zal moeten ondergaan".*[33] Nadien werd in dezelfde zin geoordeeld voor de vordering van moratoire interesten[34] en aanvullende schadevergoeding bij een gerechtelijke ontbinding.[35] Zij vormen wettelijke gevolgen waaraan een schuldenaar zich mag verwachten bij niet-nakoming. De rechtsleer is ook al langer in die zin gevestigd dat de schuldeiser zijn debiteur in de ingebrekestelling niet moet waarschuwen voor de concrete sancties die hij in overweging neemt.[36] Deze regel geldt trouwens voor alle sancties. Het Wetsvoorstel Boek 5 is geen andere weg ingeslagen in de inhoudelijke omschrijving van de ingebrekestelling en meet haar dus geen algemene waarschuwingsfunctie over de sancties toe.[37]

9. Nuanceringen – Toch is niet uit het oog te verliezen dat andere regels strenger kunnen zijn en zij deze minimale vereisten voor een geldige ingebrekestelling kunnen aanvullen door uitzonderlijk te vereisen dat de schuldenaar informatie ontvangt die hem waarschuwt over de gevolgen van zijn niet-nakoming. De

32. Cass. 28 mei 2020, C.19.0128.N, *RW* 2020-21, 1114 en *TBBR* 2020, 582.
33. Cass. 16 september 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, 45, *Pas.* 1984, 48 en *RW* 1984-85, 464.
34. Cass. 25 november 1991, *Arr.Cass.* 1991-92, 272 en *Pas.* 1992, 231.
35. Cass. 18 december 1986, *Arr.Cass.* 1986-87, 525, *Pas.* 1987, 484, *RW* 1987-88, 55 en *JT* 1987, 162.
36. P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil,* Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 1504, p. 2170; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht, Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 240; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1091; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 458.
37. Volgens art. 5.231, eerste lid, Wetsvoorstel Boek 5 is de ingebrekestelling "de eenzijdige rechtshandeling waarbij de schuldeiser duidelijk en ondubbelzinnig kennis geeft aan de schuldenaar van zijn wil om de nakoming van diens verbintenis te eisen."

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

wetgever legt bijvoorbeeld in bijzondere contracten, ter bescherming van consumenten, de verplichting om bepaalde informatie op te nemen in de ingebrekestelling, waaronder de navolgende sanctie.[38] Men ziet hierin terecht een wettelijke toepassing van de goede trouw in de uitvoering van contracten.[39] Elders hebben wij al verdedigd dat ook buiten bijzondere wetsbepalingen, de goede trouw in haar aanvullende functie de schuldeiser de bijkomende verplichting kan opleggen om in de ingebrekestelling de sanctie te preciseren die hij mogelijk wil toepassen. Dit geldt naar onze mening voor situaties waarin de schuldeiser een *buitengerechtelijke sanctie* wil toepassen, zoals de ontbinding op kennisgeving of de buitengerechtelijke vervanging door een derde (en hij uiteraard niet wettelijk of contractueel – bv. door een uitdrukkelijk ontbindend beding – vrijgesteld is van ingebrekestelling). Wegens het eenzijdig karakter van deze sancties, maar vooral wegens de mogelijke verregaande gevolgen die ze voor de schuldenaar kunnen hebben, kan de goede trouw naargelang de concrete omstandigheden vereisen dat de ingebrekestelling de schuldenaar waarschuwt voor de mogelijke sanctie bij volgehouden niet-nakoming.[40] Hieraan is toe te voegen dat de schuldeiser alle omstandigheden in overweging zal nemen, waaronder de nadelige impact voor de schuldenaar[41], maar ook zijn eigen rechtspositie en de effectiviteit van de sanctie in het concrete geval.

10. Een laatste uitstel geven? – Het Wetsvoorstel Boek 5 lost een andere vraag op die in de praktijk vaak rijst maar waarover het Hof van Cassatie nog geen uitspraak kon doen: moet men in een ingebrekestelling *aan de schuldenaar een laatste termijn toekennen om vooralsnog te presteren*? De vaste omschrijving die het Hof van Cassatie aan de ingebrekestelling geeft, schijnt geen toekenning van een laatste termijn te vereisen, zodat de gevolgen van de ingebrekestelling in de regel bij ontvangst ervan zouden kunnen intreden, zoals het lopen van de moratoire interesten en de risico-overgang naar de schuldenaar. Rechtspraak en rechtsleer gaan zelden dieper in op deze vraag en bieden geen eenduidig antwoord.[42]

Welnu, artikel 5.231, derde lid Wetsvoorstel Boek 5 beantwoordt deze vraag als volgt: "De wet, het contract of de goede trouw kunnen vereisen dat de schuldeiser de schuldenaar een termijn toekent opdat hij de uitstaande verbintenis uitvoert." Dit betekent dat, buiten die drie gevallen, het verlenen van een laatste kans aan de schuldenaar niet verplicht is.[43] Toch kan ook hier de rol van de goede trouw niet worden onderschat, die ook in het geldende recht al tot een dergelijke uitkomst kan leiden. Wil men bijvoorbeeld dat de schuldenaar daadwerkelijk de beloofde verbintenis zelf in natura nakomt of wil men hem een laatste kans geven om een buitengerechtelijke ontbinding van het contract of vervanging door een derde te vermijden, zal de goede trouw de schuldeiser in vele situaties bevelen om – alvorens hij een sanctie wegens niet-nakoming oplegt of eist – aan zijn schuldenaar een, zelfs beperkte maar naar omstandigheden redelijke, bijkomende uitvoeringstermijn toe te kennen die noodzakelijk is om vooralsnog in concreto te kunnen uitvoeren.[44] Op die wijze kan de schuldeiser trouwens ook ontsnappen aan het verwijt dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan rechtsmisbruik[45] of zijn schadebeperkingsplicht miskent. Uiteraard moet in de genoemde situaties de ingebrekestelling (nog) van toepassing zijn en moet ze dus nog nut vertonen.[46] In andere gevallen is het niet ondenkbaar dat de toekenning van een laatste (te lange) uitvoeringstermijn, juist een miskenning uitmaakt van de schadebeperkingsplicht van de schuldeiser. Het komt de feitenrechter toe dit in concreto te beoordelen.

38. Dergelijke wetsbepalingen koppelen hieraan vaak ook vormvereisten voor de ingebrekestelling. Zie bv. art. 70, derde lid Verzekeringswet 2014 dat, wanneer de verzekeraar de dekking gaat schorsen wegens niet-betaling van de premie, bepaalt dat de ingebrekestelling herinnert aan de vervaldag van de premie en aan de gevolgen van niet-betaling binnen de gestelde termijn. Zie verder ook: art. VII.105 WER (inzake consumentenkrediet), art. VII.147/21 WER (inzake hypothecair krediet).
39. In die zin: Vred. Jumet 18 december 1995, *RRD* 1996, 81 en de noot die dit onderschrijft van P. WÉRY, "Le contenu de la mise en demeure", *RRD* 1995, (82), 84.
40. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 260, p. 360 en nr. 481, p. 621; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence (1985-1995). Les obligations: les sources", *JT* 1996, (689) nr. 88; S. STIJNS en S. COVEMAEKER, "Overzicht van rechtspraak inzake contractuele aansprakelijkheid" in S. STIJNS en H. VANDENBERGHE (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis Cahier 5*, Brugge, die Keure, 2001, nr. 36; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht, Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 240. Ook P. Wéry stelt nog zeer recent duidelijk dat afwijkingen van de regel mogelijk zijn wanneer de goede trouw dit tussen contractanten vereist: "*A notre avis, la bonne foi impose au créancier qui entend procéder à un remplacement extrajudiciaire ou à une résolution unilatérale de l'annoncer dans la mise en demeure adressée à son cocontractant*" (*Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 457, *in fine*).
41. Dat het Hof van Cassatie gevoelig is voor een waarschuwingsplicht op grond van de goede trouw wanneer de gevolgen van een beslissing van de schuldeiser ingrijpend zijn voor de schuldenaar, ziet men ook op een ander vlak (dat van de kennisgeving, die evenwel moet onderscheiden worden van een ingebrekestelling) in het arrest van 13 januari 2017 inzake de exceptie van niet-uitvoering (C.15.0417.N, *TBBR* 2017, 354, noot S. JANSEN, *JT* 2017, 483, noot F. GLANSDORFF, *Limb.Rechtsl.* 2017, 82 en *TBH* 2017, 560: "*Dit opschortingsrecht dient te goeder trouw te worden uitgeoefend. De uitoefening van het opschortingsrecht bij samenhangende verbintenissen dient, in beginsel, niet vooraf te worden gegaan door een kennisgeving aan de schuldeiser. Niettemin kan onder omstandigheden, op grond van de goede trouw, van de schuldenaar worden gevergd dat deze vooraf zijn voornemen tot het opschorten van zijn verbintenis aan de schuldeiser ter kennis brengt en desgevallend op de gevolgen ervan wijst. Zulks is het geval wanneer de nakoming binnen een bepaalde termijn dient te gebeuren waarna zij doelloos is geworden en de schuldenaar weet of hoort te weten dat zulks de schuldeiser blootstelt aan onherroepelijke schade*").
42. Over deze vraag, zie de diverse standpunten bij: P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 460.
43. In deze zin ook: I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 770.
44. P. Van Ommeslaghe omschrijft duidelijk het nut van de aanmaning, ook al ziet hij dit te ruim aangezien een ingebrekestelling niet in alle gevallen de nakoming *in natura* beoogt van de verbintenis: "*La mise en demeure n'a d'utilité et de signification que dans la mesure où elle constitue une dernière sommation solennelle adressée au débiteur, destinée à permettre à ce dernier d'exécuter son obligation et d'éviter les conséquences de sa défaillance.*" ("Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations", *RCJB* 1975, (424), 687.
45. In deze zin ook: P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 460, *in fine*.
46. Zie *supra* nr. 5 waar verwezen wordt naar het geval beslecht door het hof van beroep te Antwerpen (14 november 2016, *Limb.Rechtsl.* 2018/2, 138, noot S. VAN LOOCK) en waar werd vastgesteld dat de koper niet meer gehouden was de verkoper in gebreke te stellen omdat dit enkel zinvol is indien een ultieme prestatietermijn kan worden toegekend, wat *in casu* geen zin meer had aangezien de contractuele wanprestatie van de verkoper net bestond in het feit dat hij de prestatietermijn eenzijdig met 6 weken had uitgesteld.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

II. Uitvoering in natura

A. Principe: normale wijze van gedwongen uitvoering

11. Normale wijze van gedwongen uitvoering: algemeen toepassingsgebied – In het Burgerlijk Wetboek van 1804 komt de aanspraak op uitvoering in natura niet duidelijk tot uitdrukking. Toch erkent het Hof van Cassatie al meer dan drie decennia dat uitvoering in natura "de normale wijze van gedwongen uitvoering" uitmaakt.[47] Anders dan de ontbinding uit artikel 1184 oud BW (*infra,* nr. 36), heeft uitvoering in natura een *algemeen toepassingsgebied*. Het strekt zich uit over eenzijdige en wederkerige contracten, over zowel verbintenissen tot geven[48], tot doen of niet doen[49], als over verbintenissen tot betaling van een geldsom.[50] De toepassing van uitvoering in natura is overigens niet tot bodemprocedures beperkt. Sinds geruime tijd aanvaardt de rechtspraak dat de voorzitter in kort geding voorlopige maatregelen kan bevelen die tot uitvoering in natura strekken, zonder weliswaar de rechtspositie van partijen op definitieve en onherstelbare wijze te wijzigen.[51] Toch blijkt de rechtspraak zich hierin vrij terughoudend op te stellen en zijn hiervan slechts weinig toepassingen te vinden.[52]

12. Zelfs na beëindiging van contract indien dit mogelijk is (Cass. 4 mei 2020) – In een arrest van 4 mei 2020 bevestigt het Hof van Cassatie dat uitvoering in natura de normale wijze van gedwongen uitvoering uitmaakt, zelfs wanneer het contract inmiddels opgezegd is.[53] Deze beëindiging verzet zich niet tegen de inwilliging van een vordering tot uitvoering in natura van de verbintenissen die bestonden en opeisbaar waren vóór de opzegging.

In casu had de Staat Libië bij arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een huishoudhulp in dienst genomen bij de residentie van het hoofd van de diplomatie voor Libië in België. Omdat het Libische stelsel of dat van een andere staat de huishoudhulp geen dekking verleende in de sociale zekerheid en hoewel deze werkgever daar niet wettelijk toe verplicht was, heeft de Staat Libië zich in de arbeidsovereenkomst verbonden om de huishoudhulp te onderwerpen aan de Belgische sociale zekerheid voor werknemers en hiertoe socialezekerheidsbijdragen te betalen. Iets meer dan tien jaar na de indienstneming, beëindigt de Staat Libië de arbeidsovereenkomst zonder aan deze verplichting te hebben voldaan. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep verkrijgt de huishoudhulp dat de Staat Libië wordt veroordeeld om de toestand van de huishoudhulp met betrekking tot de sociale zekerheid van Belgische werknemers binnen 60 dagen na de betekening van de uitspraak te regulariseren door aan de RZS de socialezekerheidsbijdragen te betalen, samen goed voor een voorlopig bedrag van 93 635,30 EUR. De Staat Libië tekent cassatieberoep aan. Het middel voert een schending aan van artikelen 1134, eerste lid en 1142 oud BW, evenals van artikel 37, § 1, leden 1 tot 4 Arbeidsovereenkomstenwet. Het wordt de appelrechters immers aangewreven om een uitvoering in natura op te leggen, terwijl wegens deze wanprestatie alleen een schadevergoeding zou kunnen worden toegekend, aangezien de arbeidsovereenkomst de partijen sinds de beëindiging ervan niet meer bindt. Het Hof van Cassatie gaat hier niet in mee: *"La résiliation unilatérale du contrat de travail conclu pour une durée indéterminée, prévue par l'article 37 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, entraîne l'extinction immédiate de ce contrat. L'article 1142 du Code civil, aux termes duquel toute obligation de faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, n'exclut pas que l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée des obligations de faire lorsque celle-ci demeure possible.*
L'extinction du contrat ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition.
S'agissant d'un contrat de travail, son extinction ne rend pas impossible l'exécution, en nature, de l'obligation, souscrite par l'employeur dans le contrat de travail, d'assujettir le travailleur à la sécurité sociale belge et de payer à l'Office national de sécurité sociale les cotisations sociales calculées sur la rémunération due au travailleur pour la période qui précède la fin du contrat.
(…)
En condamnant le demandeur 'à régulariser [...] l'assujettissement [de la défenderesse] à la sécurité sociale des travailleurs salariés belges en versant à l'Office national de sécurité sociale les cotisations de sécurité sociale, personnelles et patronales, [...] qui auraient dû être versées tenant compte des rémunérations perçues [par la défenderesse] de février 2001 à juin 2011', l'arrêt ne viole pas les articles 37 de la loi du 3 juillet 1978 et 1134 et 1142 du Code civil."

47. Cass. 14 april 1994, C.93.0161.F, *Arr.Cass*. 1994, 374, *Pas.* 1994, 370, *Act. dr*. 1996, 23, noot P. WÉRY, *JLMB* 1995, 1240, noot J. JEUNEHOMME en *RW* 1995-96, 532; Cass. 13 maart 1998, *JLMB* 2000, 136; Cass. 30 januari 2003, C.00.0632.F, *Arr.Cass*. 2003, 270, *Pas.* 2003, 227, *JLMB* 2004, 672, *RW* 2005-06, 1219 en *TBBR* 2004, 405; Cass. 26 september 2003, *T.Vred*. 2006, 323, noot R. MARCHETTI.
48. Cass. 6 maart 1919, *Pas.* 1919, 80.
49. Zie de cassatiearresten in vn. 47 en Cass. 4 mei 2020, S.19.0075.F, concl. Adv. Gen. J.M. GENICOT, *JTT* 2020, 456, *Soc.Kron.* 2020, 325, noot en *TBBR* 2021, 107.
50. Cass. 28 november 2002, C.01.0076.F, *Arr.Cass*. 2002, 2595, *Pas.* 2002, 2277, *RGAR* 2004, nr. 13.820, *RW* 2004-05, 1457, *T.Verz*. 2003, 587 en *Verkeersrecht* 2003, 198.
51. Hierover bv. S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 3.
52. Zie in dit verband bv. KG Kh. Antwerpen 24 januari 1985, *JT* 1985, 688, noot L. VAN BUNNEN (bevel opschorting van opzegging in strijd met opzeggingstermijn); Brussel 2 februari 1988, *TBH* 1990, 671, noot P. Kileste (opschorting van ontbindingsbeslissing genomen in strijd met uitdrukkelijk ontbindend beding); KG Rb. Brussel 23 februari 2004, *T.Not.* 2004, 345 (verbod verkoop van onroerend goed).
53. Cass. 4 mei 2020, S.19.0075.F, eensl. concl. Adv. Gen. J.M. GENICOT, *JTT* 2020, 456, *Soc.Kron.* 2020, 325, noot en *TBBR* 2021, 107.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

Dit arrest is niet alleenstaand. Sinds het cassatiearrest van 9 maart 1973 wordt algemeen aangenomen dat een eenzijdige opzegging van contracten van onbepaalde duur het contract inderdaad onmiddellijk beëindigt, zelfs al was deze opzegging onregelmatig of onrechtmatig.[54] Ondanks de veelvuldige kritiek op deze cassatierechtspraak[55], lijkt het Hof van Cassatie deze rechtspraak aan te houden in een arrest van 28 juni 2019.[56] In dit laatstgenoemde arrest, gewezen over een aannemingscontract van onbepaalde duur, spreekt het Hof van Cassatie zich uit over de gevolgen van de opzegging zonder naleving van een opzeggingstermijn. Uit het arrest volgt dat het slachtoffer zich in dat geval tevreden moet stellen met een schadevergoeding ter compensatie van de geleden schade wegens opzegging zonder opzeggingstermijn, zonder dat het slachtoffer de voortzetting van het onregelmatig opgezegde contract kan eisen. Zelfs al is de opzegging onregelmatig, indien zij plaatsgrijpt in een contract van onbepaalde duur, dan blijft het contract hierdoor beëindigd. Het hierboven geciteerde cassatiearrest van 4 mei 2020 bevestigt deze rechtspraak uit het gemeen recht specifiek voor arbeidscontracten van onbepaalde duur, die krachtens artikel 37 Arbeidsovereenkomstenwet door elke partij op te zeggen zijn.[57] Niettemin doet deze onmiddellijke beëindiging de contractuele relatie die voorafgaandelijk aan de opzegging heeft bestaan niet verdwijnen. De opzegging werkt in principe enkel voor de toekomst, zodat de aan deze vroegere relatie verbonden verbintenissen niet worden uitgewist. *In casu* omvatten deze verbintenissen de verplichting om de huishoudhulp aan de Belgische sociale zekerheid te onderwerpen. De uitvoering van deze verbintenis, die erin bestaat bijdragen te betalen aan de bevoegde instellingen, werd door de beëindiging voor de toekomst niet materieel onmogelijk en maakte geen rechtsmisbruik uit. In die zin was deze verbintenis inderdaad perfect vatbaar voor een veroordeling tot uitvoering in natura, zelfs al was het contract ondertussen opgezegd. De opzegging van een contract staat de uitvoering in natura dus niet in de weg omdat deze beëindigingswijze niet retroactief werkt. Bovendien is vereist dat de verbintenissen reeds vóór de beëindiging van het contract opeisbaar waren. Hoewel het Hof van Cassatie zich in dit arrest uitspreekt over een arbeidscontract, is het arrest gewezen op basis van het gemeen recht. Deze cassatierechtspraak kan dus ook toepassing vinden op de uitvoering in natura uit andere contracten dan arbeidscontracten.

13. Een recht voor de schuldeiser, maar geen plicht – Aangezien uitvoering in natura de normale wijze van gedwongen uitvoering uitmaakt, heeft de schuldeiser het recht om de uitvoering in natura te eisen. Al in een arrest van 23 december 1977 bevestigde het Hof van Cassatie dat de schuldenaar *"geenszins (…) de vrije keus (heeft) tussen het uitvoeren van de verbintenis of het betalen van schadevergoeding".*[58] De schuldenaar kan zich derhalve niet tegen de zin van de schuldeiser bevrijden door in de plaats van de nakoming van de verbintenis schadevergoeding te betalen (zie ook art. 1243 oud BW). Tenzij anders bepaald, geldt dit ook wanneer een schadebeding bedongen is.[59]

Klassiek stelt de rechtsleer dat uitvoering in natura voor de schuldeiser niet alleen een recht, maar ook een *plicht* uitmaakt.[60] Er is ook feitenrechtspraak die weleens oordeelt dat de schuldeiser geen schadevergoeding mag verkiezen boven uitvoering in natura wanneer dit laatste nog mogelijk en nuttig voor hem is.[61] Vordert de schuldeiser toch schadevergoeding terwijl uitvoering in natura nog mogelijk is en hem voldoening kan verschaffen, dan zou de rechter deze vordering moeten afwijzen. Sinds een twintigtal jaren is in de rechtsleer evenwel een modernere opvatting verwoord die in de recentste jaren steeds vaker bijval krijgt. Wanneer de schuldeiser schadevergoeding vordert en de schuldenaar geen uitvoering in natura aanbiedt, dan moet de rechter in deze modernere opvatting de vordering tot schadeloosstelling niet noodzakelijk afwijzen, zelfs niet wanneer uitvoering in natura nog mogelijk en nuttig zou zijn. De schuldeiser kan immers afstand doen van zijn recht op uitvoering in natura en meteen schadevergoeding eisen.[62] Behalve wanneer de schuldenaar uitvoering in natura

54. Zie m.n. Cass. 9 maart 1973, *Arr.Cass*. 1972-73, 671 en *Pas.* 1973, 640.
55. Zie o.m. F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten,* Antwerpen, Intersentia, 2014, 940-941, nr. 1115; F. GLANSDORFF en C. DALCQ, "Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée" in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe,* Brussel, Bruylant, 2000, 71 e.v.; I. CLAEYS, "De voorlopige schorsing van een eenzijdige opzegging – een taboe minder?" in *Liber amicorum Hubert Bocken,* Brugge, die Keure, 2009, 165 e.v.; P. WÉRY, "L'agencement des sanctions dans le contentieux de l'inexécution contractuelle" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Le juge et le contrat/De rol van de rechter in het contract,* Brugge, die Keure, 2014, (429) 465-466; S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nr. 928; Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 786; S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2020, nr. 9; P. WÉRY, "Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée" (noot onder Cass. 10 november 2016), *RCJB* 2020, (55) nrs. 34-35; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 986.
56. Cass. 28 juni 2019, C.18.0410.N, concl. A. VAN INGELGEM, *NJW* 2020, 122, noot A. COPPENS en *RW* 2019-20, 811, noot.
57. Zie in dit verband ook al Cass. 21 juni 1962, *Pas.* 1962, 1197.
58. Cass. 23 december 1977, *Arr.Cass.* 1978, 505, *Pas.* 1978, 477, *JT* 1978, 558, *RW* 1978-79, 362, noot A. VAN OEVELEN, *Rev.not.b.* 1979, 467 en *T. Not.* 1979, 21.
59. S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz. Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 18.
60. O.m. R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 240; R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)", *TPR* 1994, 637; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats,* Diegem, Kluwer, 1999, 121, nr. 167; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil belge*, Coll. De Page, Brussel, Larcier, 2013, 840, nr. 547; J.-Fr. GERMAIN, "Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat" in J.-Fr. ROMAIN (ed.), *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité,* Brussel, Bruylant, 2014, (107) 115; Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 569.
61. Bv. Rb. Antwerpen (afd. Antwerpen, AB12 k.) 15 november 2016, *TBO* 2017, 94.
62. O.m. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel, Kluwer, 1993, nr. 179; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *JT* 1996, (689) nr. 93; P. WÉRY, "Les condamnations non-pécuniaires dans le contentieux de la responsabilité" in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé,* Brussel/Parijs, Bruylant/LGDJ, 2015, (59) nr. 36; S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nr. 214; S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz. Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 19; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 505.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

aanbiedt op een wijze die de schuldeiser nog voldoening kan verschaffen, kan de rechter deze vordering tot schadevergoeding zonder bezwaar inwilligen. De keuze van de schuldeiser voor schadevergoeding eerder dan voor uitvoering in natura vergt geen bijzondere redenen of verantwoording. Sommige wetsbepalingen zouden aan dit keuzerecht uitdrukking geven (zie art. 1228, 1585 en 1617 oud BW).[63]

14. Een recht voor de schuldenaar – Omgekeerd is uitvoering in natura niet alleen een recht voor de schuldeiser, maar ook voor de *schuldenaar*.[64] Dit volgt uit de bindende kracht van overeenkomsten (art. 1134, eerste lid oud BW). Hierdoor heeft de schuldenaar principieel het recht om zijn verbintenis te nakomen, zelfs al vordert de schuldeiser schadevergoeding. Derhalve heeft de schuldenaar het recht om op elk ogenblik, ook in de loop van het geding, uitvoering in natura aan te bieden of zich met dit aanbod tegen een vordering tot schadevergoeding te verweren. Behalve wanneer de schuldeiser voor ontbinding kiest (*cfr.* keuzerecht uit art. 1184, tweede lid oud BW), zal dit verweer succesvol zijn doordat de schuldeiser het aanbod tot uitvoering in natura niet mag weigeren, tenzij uitvoering in natura onmogelijk is of rechtsmisbruik uitmaakt. Het Hof van Cassatie heeft dit nog niet expliciet bevestigd, maar in feitenrechtspraak komt dit duidelijk tot uitdrukking.[65]

B. Uitzondering: onmogelijkheid of rechtsmisbruik

15. Materiële of juridische onmogelijkheid – Om aanspraak te maken op uitvoering in natura moet uitvoering in natura van de verbintenis concreet *mogelijk* zijn en mag dit *geen rechtsmisbruik* uitmaken. Het Hof van Cassatie brengt dit regelmatig in herinnering.[66] De onmogelijkheid tot uitvoering in natura kan van materiële of juridische aard zijn.[67] Denk aan een schuldenaar die zijn leverings- of teruggaveverbintenis niet meer kan nakomen omdat hij het specifieke goed door zijn onzorgvuldigheid heeft kwijtgespeeld of vernield (materiële onmogelijkheid) of derden te goeder trouw rechten op dit goed heeft verleend[68] (juridische onmogelijkheid).

Wat de *materiële* onmogelijkheid betreft, volstaan simpele uitvoeringsproblemen niet. Het is vereist dat het definitief onmogelijk is geworden om het voorwerp van de verbintenis in natura uit te voeren. Deze uitzondering op uitvoering in natura als de normale wijze van gedwongen uitvoering, wordt vandaag gebaseerd op de idee van verval van de verbintenis.[69] Aangezien het voorwerp van de verbintenis verdwenen is, is het van rechtswege vervallen. Daardoor kan het niet meer in natura worden uitgevoerd. Dit verval leidt desgevallend tot contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar indien de niet-nakoming hem toerekenbaar is.[70]

Van een *juridische* onmogelijkheid is onder meer sprake wanneer de wet uitvoering in natura als sanctie uitsluit. Een voorbeeld is de interpretatie van artikel 1644 oud BW: voor verborgen gebreken bij koop schrijft deze wetsbepaling alleen ontbinding en prijsvermindering voor. In een arrest van 23 maart 2017 acht het Hof van Cassatie deze opsomming limitatief.[71] Dit sluit de toepassing van andere sancties uit (zoals uitvoering in natura, met name in de vorm van herstelling en vervanging). Op deze rechtspraak is flink wat kritiek geuit.[72] Ook de onregelmatige of onrechtmatige opzegging van een contract van onbepaalde duur beschouwt het Hof van Cassatie als een juridische onmogelijkheid tot uitvoering in natura, zij het dat de doctrine ook voor deze rechtspraak kritisch is. In een arrest van 28 juni 2019[73] lijkt het Hof van Cassatie deze bekritiseerde rechtspraak evenwel aan te houden (*supra* nr. 12).

63. Die werden treffend in kaart gebracht door P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel, Kluwer, 1993, nr. 179.
64. Zie m.n. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel, Kluwer, 1993, nr. 177; B. WYLLEMAN, "Over de gedwongen uitvoering van overeenkomsten: *in natura* of bij equivalent?" (noot onder Luik 15 juni 1995), *AJT* 1995-96, (161) 164, nr. 2; P. WÉRY, "L'offre d'exécution en nature par le débiteur en matière d'obligations de facere" (noot onder Kh. Marche-en-Famenne 5 februari 2001), *RRD* 2001, (287) 288, nr. 2; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 243; S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nr. 215; Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 570; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 789; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 505; S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 20.
65. O.m. Luik 12 december 2005, *JT* 2005, 188; Rb. Brussel 11 mei 1999, *T. Aann.* 2001, 117, noot C. LEPAFFE; Kh. Marche-en-Famenne 5 februari 2001, *RRD* 2001, 284, noot P. WÉRY; Rb. Hoei (3e k.) 16 januari 2012, *TBBR* 2015, 109.
66. O.m. Cass. 14 april 1994, *Arr.Cass.* 1994, 374, *Pas.* 1994, 370, *Act.dr.* 1996, 23, noot P. WÉRY, *JLMB* 1995, 1240, noot J. JEUNEHOMME en *RW* 1995-96, 532; Cass. 13 maart 1998, *JLMB* 2000, 136; Cass. 30 januari 2003, C.00.0632.F, *Arr. Cass.* 2003, 270, *Pas.* 2003, 227, *JLMB* 2004, 672, *RW* 2005-06, 1219 en *TBBR* 2004, 405; Cass. 6 januari 2011, C.09.0624.F, *Arr.Cass.* 2011, 41, concl. A. HENKENS, *Pas.* 2011, 44, concl., *TBBR* 2012, 388, noot P. BAZIER en *TBO* 2011, 109, concl.; Cass. 3 februari 2017, C.16.0055.N, *Huur* 2017, 190 en *TBO* 2017, 498; Cass. 4 mei 2020, S.19.0075.F, concl. Adv. Gen. J.M. GENICOT.
67. Voor een overzicht, zie o.m. P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 506; S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nrs. 7 e.v.
68. Bv. Gent (12e k.) 22 juni 2011, *TBBR* 2014, 229 (verkoper verkocht auto inmiddels al door aan derde).
69. Zie in dit verband Cass. 2 februari 2018, C.17.0055.F, *JT* 2018, 624, noot, *RW* 2018-19, 785, noot, *TBBR* 2018, 519, noot P.A. FORIERS en *TBH* 2018, 496. Zie meer over deze figuur bij R. JAFFERALI, "Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux" in R. JAFFERALI (ed.), *Le droit commun des contrats: Questions choisies*, Brussel, Bruylant, 2016, 129-230.
70. Cass. 25 juni 2010, C.07.0094.F, *Arr.Cass.* 2010, 1954 en *Pas.* 2010, 2053.
71. Zie Cass. 23 maart 2017, C.15.0232.F, *TBBR* 2018, 169, noot S. DE REY en *TBH* 2017, 959, noot S. JANSEN, wat een bevestiging is van Cass. 21 november 1974, *Arr.Cass.* 1975, 350 en *Pas.* 1975, 322. Toegegeven, het Hof oordeelde nog niet uitdrukkelijk dat de *koper* geen vervanging of herstelling kan eisen. Toch laten deze twee arresten over de vorderingsmogelijkheden van de *verkoper* geen andere interpretatie toe. Explicieter, zie o.m. Luik 25 april 2002, *RGAR* 2003, nr. 13742; Bergen 26 september 2006, *JT* 2006, 812; Antwerpen (1e k.) 18 maart 2013, *T.Not.* 2014, 30; Kh. Ieper 24 juni 2002, *RW* 2005-06, 1229; Kh. Tongeren 10 juni 2008, *NJW* 2008, 890, noot M. DAMBRE; Kh. Gent (afd. Veurne) (6e k.) 1 maart 2017, *DAOR* 2017, 57.
72. Zo is deze limitatieve lezing in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel op zijn grondwettelijkheid bevraagd, zie S. DE REY, "Vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop: mag het wat meer zijn dan artikel 1644 BW?", *TBBR* 2018, (144) nr. 10 en alle verwijzingen aldaar; B. TILLEMAN, S. DE REY, N. VAN DAMME en F. VAN DEN ABEELE, "Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)", *TPR* 2020, (1007) 1355, nr. 319.
73. Cass. 28 juni 2019, C.18.0410.N, concl. A. VAN INGELGEM, *NJW* 2020, 122, noot A. COPPENS en *RW* 2019-20, 811, noot.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

16. Beslissing curator tot niet-uitvoering lopend contract van gefailleerde vormt juridische onmogelijkheid tot uitvoering in natura of bij equivalent (Cass. 4 september 2020) – In een belangwekkend arrest van 4 september 2020[74] brengt het Hof van Cassatie een al te vaak onbekende grond van juridische onmogelijkheid tot uitvoering in natura en bij equivalent onder de aandacht: de beslissing van de curator om het contract van de gefailleerde niet verder uit te voeren.[75]

In de onderliggende zaak ging het om een handelshuurovereenkomst gesloten voor een periode van tien jaar. Al na vier jaar wordt de huurster failliet verklaard. De curatoren van de huurster delen de verhuurster mee dat zij overeenkomstig artikel 46 Faillissementswet het contract niet langer zullen uitvoeren. De verhuurster is niet opgezet met deze mededeling en doet aangifte van een schuldvordering ten belope van de gederfde huurinkomsten voor de resterende periode van zes jaar, hetzij 1 227 387 EUR. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep oordelen de feitenrechters dat de verhuurster enkel aanspraak maakt op schadevergoeding en deze krachtens een schadebeding uit de handelshuurovereenkomst 6 maanden huur bedraagt, hetzij 115 013,22 EUR. Tevergeefs voorziet de verhuurster zich in cassatie:

"Krachtens artikel 46 Faillissementswet, zoals van toepassing, kan de curator, wanneer zulks noodzakelijk is voor het beheer van de boedel, beslissen om een door de gefailleerde gesloten lopende overeenkomst niet verder uit te voeren. De schuldvordering van de schade die eventueel verschuldigd zou zijn aan de medecontractant wegens de niet-uitvoering, wordt opgenomen in de boedel.

Deze bepaling biedt aan de curator de mogelijkheid om te verhinderen dat het passief toeneemt door de verdere uitvoering van de overeenkomst. De beslissing van de curator om de overeenkomst niet uit te voeren, staat dan ook eraan in de weg dat de medecontractant de uitvoering van de overeenkomst in natura vordert of de uitvoering bij equivalent wanneer hierdoor het passief toeneemt.

(…)

De appelrechter die oordeelt dat door de toepassing van artikel 46 Faillissementswet 'de wanprestatie van de gefailleerde van rechtswege [wordt] vastgesteld', de medecontractant 'al haar rechten behoudt tegen de gefailleerde, met dien verstande dat de curator nooit verplicht kan worden tot uitvoering in natura' en diens 'rechten […] worden omgezet naar een vordering tot schadevergoeding' die een schuld in de bedoel is en op die gronden beslist dat de eiseres enkel gerechtigd is tot de contractueel bepaalde schadevergoeding, verantwoordt zijn beslissing naar recht."

Deze beslissing is gewezen op grond van oud artikel 46 Faillissementswet, maar het lijkt analogisch toepasselijk onder huidig artikel XX.139 WER.[76] Hoewel de uitkomst in de concrete zaak duidelijk is, is het arrest niet eenvoudig te duiden. Sommigen hebben de overwegingen van het arrest zelfs tegenstrijdig bevonden, omdat het arrest enerzijds stelt dat wanneer de curator beslist om het contract niet uit te voeren, naast uitvoering in natura, ook uitvoering bij equivalent niet mogelijk is, maar anderzijds evenzeer zegt dat de schuldeiser voor de schade die verschuldigd is wegens de niet-uitvoering een aanspraak op schadevergoeding heeft, die een schuld in de boedel is.[77] Misschien is de overweging uit het cassatiearrest die stelt dat de beslissing van de curator eraan in de weg staat dat de medecontractant uitvoering in natura of bij equivalent vordert, simpelweg te beschouwen als de vertaling van het principe dat een schuldvordering in geval van faillissement niet afdwingbaar is.[78] Het enige wat de medecontractant in dat geval rest, is een schuldvordering die een schuld *in* de boedel betreft.[79] Anders dan een vordering tot uitvoering in natura of bij equivalent is deze principieel niet afdwingbaar; de medecontractant kan alleen maar *hopen* die volledig te kunnen recupereren. Een afdwingbare vordering tot uitvoering in natura of bij equivalent zou de *paritas*-regel immers onder druk zetten en neerkomen op een voorkeursbehandeling ten opzichte van concurrerende schuldeisers.[80] Daarom zou dit als volgt kunnen worden voorgesteld: indien de curator het contract niet verder uitvoert, maakt dit een wanprestatie uit. De medecontractant heeft dan aanspraak op herstel van schade wegens deze wanprestatie. Deze aanspraak op schadeherstel is een schuld *in* de boedel.

De vertwijfeling over de interpretatie van dit arrest heeft tegelijk te maken met de vraag of de beslissing van de curator om het contract niet verder uit te voeren, te kwalificeren is als een *beëindiging* van het contract, dan wel als een *simpele niet-uitvoering* van het contract zonder dat dit de beëindiging ervan met zich meebrengt. Omdat noch oud artikel 46

74. Cass. 4 september 2020, C.20.0011.N, *Huur* 2020, 233, *TBH* 2020, 1051, noot F. GEORGE, *RW* 2021-22, 203, noot S. BAEYENS en *TIBR* 2021, RS-195.
75. Hierover bv. E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *RW* 2003-04, 201 e.v.; F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite,* Brussel, Larcier, 2018, 593, nrs. 558 e.v.; S. BAEYENS, "Faillissement en lopende overeenkomsten. Een rechtsvergelijkende analyse van artikel XX.139 WER", *TPR* 2019, 901 e.v.
76. Bevestigend: S. BAEYENS, "De onmogelijkheid van uitvoering in natura of bij equivalent in faillissement" (noot onder Cass. 4 september 2020), *RW* 2021-22, (203) nr. 2; F. GEORGE, "L'article 46 de la loi sur les faillites et les sanctions contractuelles" (noot onder Cass. 4 september 2020), *TBH* 2020, (1052) 1063, nr. 22.
77. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 803.
78. Over dat principe, zie bv. E. DIRIX, "Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie" in H. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMAN en M. VANMEENEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II,* Antwerpen, Intersentia, 2010, 152, nr. 9.
79. S. BAEYENS, "Faillissement en lopende overeenkomsten. Een rechtsvergelijkende analyse van artikel XX.139 WER", *TPR* 2019, (901) nr. 20.
80. Zie E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *RW* 2003-04, (201) 204, nr. 9.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

Faillissementswet, noch artikel XX.139 WER hierover uitsluitsel verschaffen[81], is de rechtsleer over deze kwalificatie verdeeld.[82] Ook dit cassatiearrest brengt weinig opheldering.[83] Alleszins is duidelijk dat de beslissing van de curator om een contract van de gefailleerde niet uit te voeren een juridische onmogelijkheid uitmaakt om uitvoering in natura of uitvoering bij equivalent na te streven wanneer het passief hierdoor zou toenemen. Dit is een belangrijke uitzondering op de regel dat uitvoering in natura de normale wijze van gedwongen uitvoering uitmaakt die al te vaak onderbelicht blijft in het verbintenissenrecht.

C. Uitvoering door een derde: vervanging van de schuldenaar

17. Algemeen toepassingsgebied van vervanging – Uitvoering in natura geschiedt niet noodzakelijk door de schuldenaar zelf. Indien de schuldenaar in gebreke blijft, kan de schuldeiser zich door de rechter laten machtigen om de verbintenis op kosten van de schuldenaar door een derde te laten uitvoeren. Dit maakt een vorm van uitvoering in natura uit. De terugbetaling van de vervangingskosten door de schuldenaar is derhalve niet te kwalificeren als de betaling van schadevergoeding.[84] Deze mogelijkheid, vervat in de artikelen 1143-1144 oud BW, staat bekend als 'de vervanging van de schuldenaar'. Al meer dan een eeuw worden deze wetsbepalingen als de toepassing van een algemeen rechtsbeginsel beschouwd.[85] Uit dit algemeen rechtsbeginsel, dat het toepassingsgebied van de artikelen 1143-1144 oud BW overstijgt, werd afgeleid dat de vervanging toepassing kan vinden zowel op verbintenissen tot doen of niet doen, als verbintenissen tot geven, inclusief andere dan contractuele verbintenissen, zoals deze die hun oorsprong vinden in de wet, bijvoorbeeld wegens buitencontractuele aansprakelijkheid.[86] De vervanging is dus, anders dan de ontbinding uit artikel 1184 oud BW, niet tot wederkerige contracten beperkt.[87] Het Wetsvoorstel Boek 5 stelt voor om dit algemeen rechtsbeginsel te codificeren in het algemeen regime van de verbintenis in artikel 5.235, eerste lid:

"Indien de prestatie zich hiertoe leent, heeft de schuldeiser het recht zich door de rechter te laten machtigen om de verbintenis zelf uit te voeren of te laten uitvoeren door een derde op kosten van de schuldenaar."

18. Principe: gerechtelijk karakter van vervanging – Volgens artikelen 1143-1144 oud BW heeft de vervanging een *gerechtelijk* karakter: de toepassing ervan vereist een voorafgaande rechterlijke machtiging. Deze machtiging strekt ertoe de rechter te laten nagaan of er nog een redelijke mogelijkheid bestaat om de schuldenaar zelf de verbintenis te laten uitvoeren, en de schuldenaar, in voorkomend geval, uitstel te verlenen.[88] De gerechtelijke vervanging is immers een vorm van uitvoering in natura die *subsidiair* is ten opzichte van de uitvoering in natura door de schuldenaar zelf.[89] Vaak valt de vergoeding van de vervangingskosten voor hem immers (financieel) zwaarder uit dan wanneer hij de verbintenis alsnog zelf nakomt. Zijn persoonlijke uitvoering geniet voorrang op de uitvoering door een derde. Daarom kan de rechter de gerechtelijke vervanging niet toestaan wanneer de schuldenaar aanbiedt om de verbintenis zelf na te komen en deze nakoming de schuldeiser nog voldoening kan verschaffen.[90] Het is precies om

81. Het verschil tussen de Nederlandstalige en Franstalige versie van art. XX.139, § 1, tweede lid WER is opmerkelijk. Waar de Nederlandstalige versie tot uitdrukking laat komen dat de curator over een driedubbel optierecht beschikt om de overeenkomst (i) verder uit te voeren, (ii) niet uit te voeren of (iii) eenzijdig te beëindigen, daar lijkt in de Franstalige versie alleen een optierecht tot uitdrukking te komen tussen (i) verder uitvoeren en (ii) eenzijdige beëindiging. Zie en vgl. *"Na hun ambtsaanvaarding beslissen de curatoren onverwijld of zij de overeenkomsten (…) al dan niet verder uitvoeren, dan wel of zij de overeenkomsten eenzijdig beëindigen (…)"* en *"Les curateurs décident sans délai, dès leur entrée en fonction, s'ils poursuivent les contrats (…) ou s'ils les résilient unilatéralement (…)."*
82. De rechtsleer lijkt wel steeds vaker het onderscheid te maken tussen 'beëindiging' en 'niet-uitvoering', vgl. in dit verband o.m. S. BAEYENS, "Faillissement en lopende overeenkomsten. Een rechtsvergelijkende analyse van artikel XX.139 WER", *TPR* 2019, (901) nrs. 19 e.v.; F. DE LEO, "Lopende overeenkomsten bij faillissement: niet-uitvoeren is niet hetzelfde dan beëindigen", *TRV/RPS* 2020, 114-119; E. DIRIX, "Faillissement en lopende overeenkomsten", *RW* 2003-04, (201) 204; F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite,* Brussel, Larcier, 2018, 598; V. SAGAERT en S. BAEYENS, "De beëindiging van overeenkomsten in geval van insolventie van de partijen: loopt het insolventierecht uit de pas van het verbintenissenrecht?" in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen,* Antwerpen, Intersentia, 2017, (479) 487; A. ZENNER en C. ALTER, "Faillite et contrats en cours: faculté de na pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur?" (noot onder Cass. 24 juni 2004), *TBH* 2005, 245.
83. Stelt verschillende interpretaties voor, maar verkiest de interpretatie waarin de beslissing van de curator om het contract niet verder uit te voeren niet automatisch de beëindiging van het contract met zich meebrengt: F. GEORGE, "L'article 46 de la loi sur les faillites et les sanctions contractuelles" (noot onder Cass. 4 september 2020), *TBH* 2020, (1052) 1062, nr. 21.
84. Dit heeft belangrijke praktische repercussies, zie S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie", *TBBR* 2020, (539) nrs. 11-17; S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nrs. 33 e.v.; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 518.
85. In een arrest van 6 maart 1919 oordeelt het Hof van Cassatie namelijk wat volgt: "l'article 1144 a rappelé, pour les obligations de faire et de ne pas faire, un principe général du droit des obligations et disposé qu'au cas d'inexécution, le créancier peut être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur" (*Pas.* 1919, 80).
86. Over de toepasbaarheid van de vervanging in buitencontractuele context, zie H. BOCKEN en I. BOONE m.m.v. M. KRUITHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht,* Brugge, die Keure, 2014, nr. 331; S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nr. 711; S. STIJNS en H. VUYE, "La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et du principe de la continuité du service public", *TBBR* 1999, (615) nr. 19; P. WÉRY, "Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle" (noot onder Luik 8 juni 1993), *JT* 1995, (429) nr. 9.
87. P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil belge*, II, Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 556.
88. Bv. Kh. Ieper (1e k.) 15 januari 2001, *RW* 2002-03, 349. Daarover o.a. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten,* Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 256; A. VAN OEVELEN, "Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen (eerste deel)", *RW* 1994-95, (793) nr. 11; S. STIJNS en H. VUYE, "La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et du principe de la continuité du service public", *TBBR* 1999, (615) 622-627; J.-Fr. GERMAIN, "Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat" in J.-Fr. ROMAIN (ed.), *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité,* Brussel, Bruylant, 2014, (107) 127; S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nr. 681.
89. Bv. Kh. Marche-en-Famenne 5 februari 2001, *RRD* 2001, 284, noot P. WÉRY; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *JT* 1996, (689) nr. 97; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht,* Leuven, Acco, 2021, 184; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel, Kluwer, 1993, nr. 79; S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 43.
90. Bv. Kh. Bergen 3 februari 2004, *TBBR* 2004, noot P. WÉRY; Rb. Neufchâteau 26 oktober 1994, *RRD* 1995, 56, noot P. WÉRY.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

deze hiërarchie tussen de uitvoering door de schuldenaar en de uitvoering door een derde te bewaken dat de artikelen 1143-1144 oud BW een rechterlijke machtiging vereisen. Een *matigings*bevoegdheid, op grond waarvan hij kan oordelen of de ernst van de wanprestatie de vervanging rechtvaardigt, heeft de rechter niet.[91] De rechterlijke bevoegdheid uit de artikelen 1143-1144 oud BW is derhalve beperkt tot een *uitstel*bevoegdheid.

Soms is het voor een schuldeiser weinig zinvol om een rechterlijke machtiging af te wachten. Partijen kunnen hierop anticiperen door de vereiste van een rechterlijke machtiging weg te bedingen in een vervangingsbeding, want de artikelen 1143-1144 oud BW zijn van aanvullend recht.[92] Bevat het contract geen dergelijk vervangingsbeding, dan kan de schuldeiser deze machtiging eventueel in kort geding vragen[93], maar de bevoegdheid van de rechter in kort geding is beperkt zodat hij deze vordering niet altijd kan inwilligen (*supra* nr. 11). Soms biedt de schadebeperkingsplicht een grondslag om aan de vereiste van een rechterlijke machtiging voorbij te gaan, in die zin dat het de schuldeiser naderhand aangewreven zou worden dat hij een rechterlijke machtiging heeft afgewacht en de vervanging niet onmiddellijk heeft doorgevoerd.[94] Deze bijzondere grondslag betreft evenwel slechts uitzonderlijke gevallen.

19. Uitzondering: aanvaarding buitengerechtelijke vervanging (Cass. 18 juni 2020) – In een arrest van 18 juni 2020[95] aanvaardt het Hof van Cassatie dat de schuldeiser zijn tekortkomende schuldenaar ook kan vervangen *zonder* voorafgaande rechterlijke machtiging, zelfs wanneer de schadebeperkingsplicht daar niet toe verplicht en het contract geen vervangingsbeding bevat. Deze uitspraak is een mijlpaalarrest. Naast de *aanvaarding* van de buitengerechtelijke vervanging ondanks de vereiste rechterlijke machtiging uit artikelen 1143-1144 oud BW, spreekt het Hof van Cassatie zich ook uit over zijn *toepassingsvoorwaarden* en de *sanctie* bij miskenning van deze voorwaarden.

In de onderliggende zaak rezen betwistingen tussen partijen in de nasleep van rondgangen in een gebouw die kaderden in de uitvoering van een aannemingscontract. Wanneer het finaal tot een gerechtelijke procedure kwam, stelde de gerechtsdeskundige zwarte uitlopers vast in de dubbele beglazing. Volgens de gerechtsdeskundige moesten de ramen worden vervangen. Hij adviseerde om de schadevergoeding hiervoor te baseren op de offerte die de bouwheer ondertussen bij een andere firma had opgevraagd, ten bedrage van 86 472,36 EUR exclusief btw. De aannemer gaf evenwel aan de ramen zelf te willen vervangen, maar in de loop van de procedure had de bouwheer, buiten het medeweten van de aannemer, de ramen al door een derde laten vervangen. Hij vorderde de terugbetaling van deze vervangingskosten. Het hof van beroep oordeelde dat de aannemer hierdoor voor een voldongen feit werd geplaatst. Door dit eigengereid optreden, zonder de aannemer voorafgaandelijk te verwittigen, in gebreke te stellen en hoogdringendheid te bewijzen die een voorafgaand beroep op de rechter belette, had de bouwheer de aannemer het recht ontnomen om de ramen zelf te vervangen. De appelrechters stelden vast dat de aannemer, indien hij zelf had ingestaan voor de vervanging van de ramen, zich hoe dan ook geconfronteerd had gezien met bijkomende kosten, zoals materiaal- en personeelskosten. Daarom oordeelden zij dat de bouwheer niet de integrale vervangingskost op de aannemer kon verhalen (86 472,36 EUR), maar slechts het door de derde gefactureerde bedrag verminderd met de winstmarge van de aangezochte derde. Bij gebrek aan meer concrete gegevens, begrootten de appelrechters deze winstmarge *in casu ex aequo et bono* op 30 % van de totale vervangingskost. Derhalve achtte het hof van beroep de vordering van de bouwheer gegrond voor 60 530,65 EUR, ofwel 70 % van de vervangingskost. Het Hof van Cassatie laat deze beslissing overeind op grond van de volgende overwegingen:

"In geval van niet-nakoming van een contractuele verbintenis heeft de schuldeiser, indien de prestatie zich hiertoe leent, het recht zich door de rechter te laten machtigen om de verbintenis te laten uitvoeren door een derde op kosten van de schuldenaar.

In uitzonderlijke omstandigheden, zoals bij hoogdringendheid, kan de schuldeiser hiertoe overgaan zonder rechterlijke machtiging op eigen kosten en op eigen risico en deze kosten verhalen op de schuldenaar, waarbij zijn handelwijze achteraf kan worden getoetst door de rechter.

In beide gevallen dient de schuldeiser de redelijke belangen van de schuldenaar in acht te nemen.

91. O.a. A. VAN OEVELEN, "Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen (eerste deel)", *RW* 1994-95, (793) nr. 12; E. SWAENEPOEL, "De eenzijdige vervanging en de eenzijdige ontbinding: verwarring troef" (noot onder Antwerpen 10 februari 2004), *TBBR* 2007, (156) nr. 19; S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 43; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 520.
92. Hierover: P. WÉRY, "Les clauses relatives au remplacement du débiteur défaillant" in P. WÉRY (ed.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, die Keure, 2001, 230 e.v.; S. STIJNS, "Uitdrukkelijk ontbindende bedingen, ontbindende voorwaarden en vervangingsbedingen" in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten,* Antwerpen, Intersentia, 2006, 77-131. Deze mogelijkheid is neergelegd in artikel 5.85, tweede lid Wetsvoorstel Boek 5.
93. Bv. P. WÉRY, "L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel. Rapport belge" in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé,* Brussel/Parijs, Bruylant/LGDJ, 2001, (205) nr. 41.
94. Bv. Cass. 22 maart 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, 1011, *Pas.* 1985, 929, *RW* 1986-87, 851 en *RCJB* 1989, 7, noot R. KRUITHOF. Baseren zich op de schadebeperkingslast, bv. Luik (20e k.) 9 januari 2012, *JLMB* 2015, 496, *JT* 2014, 153 en *TBBR* 2014, 348; Bergen 4 december 2006, *JLMB* 2007, 357; Luik 20 maart 2001, *JLMB* 2001, 1698.
95. Cass. 18 juni 2020, C.18.0357.N, *TBBR* 2020, 583, noot S. DE REY, *JLMB* 2021, 846, noot S. RAXHON, *TBO* 2020, 504, noot S. BUSSCHER en G. VAN HOEYWEGHEN, *T.Aann.* 2021, 203, *RCJB* 2021, noot P. WÉRY (te verschijnen) en *RW* 2020-21, 1147.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

Wanneer de schuldeiser de verbintenis zonder voorafgaandelijke rechterlijke machtiging laat uitvoeren door een derde, zonder dat daartoe grond bestaat of op een onzorgvuldige wijze, kan de schuldeiser de gemaakte kosten niet verhalen op de schuldenaar, maar heeft hij slechts recht op vergoeding van de schade die het gevolg is van de wanprestatie.
(…)
De appelrechters die op grond van bovenvermelde vaststellingen oordelen dat de eiseres, indien zij zelf tot herstelling was overgegaan, 'zich hoe dan ook geconfronteerd [had] gezien met bijkomende kosten (materiaal, personeel, enz.)' en beslissen dat de eiseres gehouden is tot de betaling van een bedrag van 60.530,65 euro, te weten het door de derde aannemer gefactureerde bedrag verminderd met de winstmarge van 30 pct., geven aldus te kennen dat dit bedrag beantwoordt aan de door de eerste verweerster geleden schade en verantwoorden hun beslissing naar recht."

Hoewel de zaak die aanleiding gaf tot dit arrest betrekking had op een aannemingscontract, is dit arrest gewezen op basis van het gemeen contractenrecht. De erkenning van de buitengerechtelijke vervanging is dus toe te voegen aan de lijst van gemeenrechtelijke sancties wegens wanprestatie.[96] Al in de jaren 1970 stelde de rechtsleer dat de erkenning van de buitengerechtelijke vervanging wenselijk zou zijn.[97] Waar dit snel ingang vond in handelskoop[98] en aanneming[99] en ondertussen wettelijke erkenning kreeg voor pakketreiscontracten[100], bleef de toepassing in andere gevallen onzeker. Met het cassatiearrest van 18 juni 2020 komt dit aanvaardingsproces tot een sluitstuk. De buitengerechtelijke vervanging kan nu ook toepassing vinden in andere contracten, zelfs wanneer de schadebeperkingsplicht daar niet toe verplicht en het contract geen vervangingsbeding bevat. Zo kan bijvoorbeeld een huurder op basis van deze rechtspraak de herstellingen die de in gebreke blijvende verhuurder niet uitvoert, op diens kosten door een vakman laten uitvoeren.

Dit cassatiearrest sluit naadloos aan bij artikel 5.85, derde lid Wetsvoorstel Boek 5, waarin de buitengerechtelijke vervanging is neergelegd als volgt: *"Bij hoogdringendheid of in andere uitzonderlijke omstandigheden en nadat hij nuttige maatregelen heeft genomen om de niet-nakoming van de schuldenaar vast te stellen, kan de schuldeiser, op eigen risico, de schuldenaar vervangen door middel van een schriftelijke kennisgeving. Die vermeldt de tekortkomingen die hem ten laste worden gelegd en welke omstandigheden de vervanging rechtvaardigen"*. Zoals het cassatiearrest, strekt deze erkenning zich enkel uit tot de niet-nakoming van *contractuele* verbintenissen. Voor de niet-nakoming van andere dan contractuele verbintenissen, is de vervanging dus steeds gerechtelijk.[101]

20. Voorwaarden voor buitengerechtelijke vervanging – Het cassatiearrest van 18 juni 2020 expliciteert twee voorwaarden om tot de buitegenrechtelijke vervanging over te kunnen gaan. Ten eerste vereist de buitengerechtelijke vervanging volgens het Hof van Cassatie *"uitzonderlijke omstandigheden"*. Anders dan de buitengerechtelijke *ontbinding* op kennisgeving die in het arrest van 23 mei 2019 op voet van gelijkheid werd erkend ten aanzien van de gerechtelijke ontbinding (*infra* nr. 47), beschouwt het Hof van Cassatie de gerechtelijke *vervanging* dus nog steeds als de regel. De buitengerechtelijke vervanging

96. S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie", *TBBR* 2020, (539) nr. 27; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 802.
97. Chronologisch, zie o.m. P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations", *RCJB* 1975, (597) nr. 65*bis*; E. DIRIX, "Eigenrichting in het privaatrecht" in *Liber amicorum Jan Ronse,* Brussel, Story Publishers, 1986, (597) nr. 11; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel, Kluwer, 1993, nrs. 224 e.v.; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten,* Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 541; A. VAN OEVELEN, "Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen (eerste deel)", *RW* 1994-95, (793) nr. 12; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats,* Diegem, Kluwer, 1999, nr. 163; E. SWAENEPOEL, "De eenzijdige vervanging en de eenzijdige ontbinding: verwarring troef" (noot onder Antwerpen 10 februari 2004), *TBBR* 2007, (156) nr. 6; W. GELDHOF en M. SOMERS, "De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar vanuit rechtsvergelijkend perspectief. Handelskoop en aanneming zetten de toon", *TPR* 2008, (511) nr. 3; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil belge,* II, Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 559; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2021, 184; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 246; S. DE REY en B. TILLEMAN, "Buitengerechtelijke herstelling en vervanging bij wijze van uitvoering en herstel" in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen,* Antwerpen, Intersentia, 2017, 217; S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nr. 684; Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 578.
98. Op basis van de handelsrechtelijke gewoonte, aanvaardt rechtspraak al sinds de 19e eeuw dat wanneer de koop tussen twee handelaars betrekking heeft op generieke zaken en de verkoper een ernstige tekortkoming begaat (bv. laattijdige levering), de koper na vruchteloze ingebrekestelling en zonder rechterlijke machtiging equivalente koopwaar kan aankopen bij een derde en de redelijke meerprijs hiervan op de verkoper kan verhalen (o.a. Gent 29 juli 1881, *Pas.* 1882, II, 87; Bergen 4 maart 1975, *BRH* 1975, 243; Luik 27 mei 1986, *JLMB* 1987, 1017; Luik 9 januari 2014, *JLMB* 2015, 496; Kh. Luik 7 november 1911, *JL* 1912, 37; Kh. Gent 31 maart 1920, *Pas.* 1921, III, 62; Kh. Sint-Niklaas 15 november 1955, *RW* 1955-56, 1835). Dit staat bekend als de *dekkingskoop*. Vandaag is de draagwijdte van deze rechtspraak echter onzeker. Sinds 1 november 2018 is het begrip 'handelaar' afgeschaft en vervangen door het ondernemingsbegrip uit artikel I.1, eerste lid, 1° WER. Onvermijdelijk rijst de vraag of het bijzondere regime voor de handelskoop op alle punten door te trekken is naar de 'ondernemingskoop', zie S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie", *TBBR* 2020, (539) nr. 24.
99. De feitenrechtspraak aanvaardt dat de bouwheer de in gebreke blijvende aannemer zonder rechterlijke machtiging kan vervangen door een derde, zelfs wanneer de schadebeperkingsplicht daar niet toe verplicht en het contract geen vervangingsbeding bevat (bv. Gent (16e k.) 5 oktober 2018, *TBO* 2020, 65; Gent (16e k.) 12 januari 2018, *TBO* 2020, 53; Luik (20e k.) 9 januari 2012, *JLMB* 2015, 496, *JT* 2014, 153 en *TBBR* 2014, 348). Hetzelfde geldt voor de hoofdaannemer tegenover zijn onderaannemer (bv. Gent (16e k.) 25 mei 2018, *TBO* 2020, 60). Initieel was dit bedoeld voor bouwaanneming, maar vandaag is dit aanvaard voor huur van diensten in het algemeen (bv. accountant: Gent 6 mei 2003, *NJW* 2003, 1005). Voor aannemingscontracten gesloten met een aanbestedende overheid is dit gecodificeerd in artikel 47, § 2, 3° KB 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (*BS* 14 februari 2013, 8752).
100. Indien de reisorganisator een van de reisdiensten niet conform de pakketreis uitvoert en deze non-conformiteit niet binnen een door de reiziger bepaalde redelijke termijn verhelpt, verleent artikel 36 Wet Pakketreizen (*BS* 1 december 2017, 106673) de reiziger het recht om deze non-conformiteit zelf te verhelpen en terugbetaling van de nodige uitgaven te eisen.
101. Daarop uitte de Raad van State kritiek (Adv.RvS nr. 63.268/2 van 23 mei 2018 over een voorontwerp van wet "tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van Boek 5 'Verbintenissen' in dat Wetboek", p. 52), maar dit werd niet uitgebreid tot andere verbintenissen (over de verantwoording, zie MvT, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 270).

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

vormt hierop een uitzondering.[102] Het Hof van Cassatie beperkt deze uitzonderlijke omstandigheden niet tot hoogdringendheid.[103] Volgens het arrest is hoogdringendheid slechts een voorbeeld van uitzonderlijke omstandigheden die de buitengerechtelijke vervanging toelaten. Hiermee gaat het Hof van Cassatie verder dan de rechtsleer die hoogdringendheid als een *conditio sine qua non* van de buitengerechtelijke vervanging beschouwt.[104]

Als tweede voorwaarde vermeldt het arrest dat de schuldeiser, voor de toepassing van de buitengerechtelijke vervanging, *"de redelijke belangen van de schuldenaar in acht (dient) te nemen"*. Dit is een algemeen vereiste dat meerdere voorwaarden insluit zoals die door de feitenrechtspraak en rechtsleer zijn uitgewerkt. Deze voorwaarden anticiperen niet alleen op een eventuele rechterlijke controle *a posteriori*, maar beogen tevens de bescherming van de belangen van de schuldenaar. Samengevat komt het op de volgende voorwaarden neer: naast uitzonderlijke omstandigheden, vereist de buitengerechtelijke vervanging (i) een vruchteloos gebleven ingebrekestelling na toekenning van een laatste redelijke uitvoeringstermijn, (ii) een redelijke organisatie van tegenspraak om de rechten van verdediging van de schuldenaar te vrijwaren en (iii) een kennisgeving van de vervanging.[105] In wederkerige contracten geldt deze kennisgeving als uitoefening van het keuzerecht uit artikel 1184, tweede lid oud BW. De kennisgeving biedt de schuldenaar bovendien de mogelijkheid om na te gaan of de vervanging overeenkomstig de voorwaarden is gebeurd, zodat hij kan beoordelen of een betwisting voor de rechter zinvol is. Het biedt tegelijk een controle-instrument voor de rechter die naderhand wordt gevat.

Terecht vereist het Hof van Cassatie in het arrest van 18 juni 2020 voor de toepassing van de buitengerechtelijke vervanging geen ernstige wanprestatie. Tot vóór dit cassatiearrest bleven de bodemrechtspraak en de rechtsleer over dit aspect verdeeld. Terwijl sommige uitspraken de buitengerechtelijke vervanging hebben toegestaan onder bovenvermelde voorwaarden, is er heel wat feitenrechtspraak die de toepassing van deze rechtsfiguur slechts aanvaardt op voorwaarde dat de wanprestatie een *voldoende ernstig* karakter vertoont.[106] Ook verschillende auteurs voegen aan de bovenvermelde voorwaarden de vereiste van een ernstige wanprestatie toe.[107] Terecht heeft een andere strekking zich hiertegen verzet.[108] De vereiste van een ernstige wanprestatie berust immers op een verkeerde parallel met de buitengerechtelijke ontbinding. Waar de zwaarwichtigheid van de wanprestatie inderdaad doorslaggevend is voor het welslagen van de ontbinding (aangezien ontbinding gericht is op de *beëindiging* van het contract), geldt dit niet voor sancties die, zoals de (buiten)gerechtelijke vervanging, de *voortzetting* van het contract beogen. Behalve bij rechtsmisbruik, verleent de verbindende kracht van overeenkomsten namelijk recht op uitvoering in natura, hoe minimaal de wanprestatie ook is. Dit geldt ongeacht de wijze van uitvoering in natura: hetzij door de schuldenaar zelf, hetzij door een derde. Met het arrest van 18 juni 2020 lijkt het Hof van Cassatie zich bij deze opvatting te hebben aangesloten.[109] Het Wetsvoorstel Boek 5 volgt dezelfde logica.[110]

21. Rechterlijke controle a posteriori: sanctie bij miskenning voorwaarden – Het cassatiearrest van 18 juni 2020 preciseert terecht dat de schuldeiser bij toepassing van de buitengerechtelijke vervanging altijd *"op eigen risico"* handelt. De rechter kan naderhand immers steeds worden gevat om de handelwijze van de schuldeiser te toetsen. In de rechtsleer kreeg deze rechterlijke controle *a posteriori* een tweeledige invulling: (1) een *regelmatigheids*controle, waarbij de rechter nagaat of de voorwaarden voor de buitengerechtelijke vervanging waren vervuld op het

102. P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 802.
103. S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie", *TBBR* 2020, (539) nr. 31.
104. Zie bv. met deze opvatting: P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel, Kluwer, 1993, nr. 230; P. WÉRY, "L'exécution en nature de l'obligation contractuelle et la réparation en nature du dommage contractuel. Rapport belge" in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé,* Brussel/Parijs, Bruylant/LGDJ, 2001, (205) nr. 44; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2011, nr. 802. Komen tot dezelfde vaststelling: S. BUSSCHER en G. VAN HOEYWEGHEN, "De buitegenrechtelijke vervanging van de aannemer en de matiging van vertragingsboetes: het Hof van Cassatie verduidelijkt" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *TBO* 2020, (504) nr. 8; S. RAXHON, "Remplacement extrajudiciaire: le formalise issue de la jurisprudence est-il en train de devenir une pure formalité?" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *JLMB* 2021, (849) 849.
105. Uitvoeriger met verwijzingen, zie S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie", *TBBR* 2020, (539) nrs. 33-39; S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nrs. 56 e.v.
106. Zie o.m. Gent (16e k.) 12 januari 2018, *TBO* 2020, 53; Bergen (1e k.) 22 oktober 2007, *TBBR* 2010, 38; Bergen 16 september 2003, *TBBR* 2006, 174; Gent 6 mei 2003, *NJW* 2003, 1005, noot F.B.; Luik 1 oktober 1991, *T.Aann.* 1993, 302; Kh. Bergen 30 maart 2010, *TBBR* 2011, 91; Kh. Gent (5e k.) 30 januari 2003, *TGR* 2003, 199.
107. O.a. M. FONTAINE, "La mise en oeuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive" (noot onder Cass. 16 januari 1986 en Bergen 21 juni 1983), *RCJB* 1991, (12) nr. 39; R. KRUITHOF, F. DE LY, H. BOCKEN en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen", *TPR* 1994, 639; W. GELDHOF en M. SOMERS, "De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar vanuit rechtsvergelijkend prespectief. Handelskoop en aanneming zetten de toon", *TPR* 2008, (511) nr. 5.
108. Bv. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Brussel, Kluwer, 1993, nrs. 191 en 234; A. VAN OEVELEN, "Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen", *RW* 1994-95, (793) nr. 12; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *JT* 1996, (689) nr. 100; E. SWAENEPOEL, "De eenzijdige vervanging en de eenzijdige ontbinding: verwarring troef" (noot onder Antwerpen 10 februari 2004), *TBBR* 2007, (156) nr. 19; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil belge*, II, Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, 857-859; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2021, 184; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 246; S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, nrs. 723-724; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 803.
109. Met dezelfde concl.: P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 803; S. BUSSCHER en G. VAN HOEYWEGHEN, "De buitengerechtelijke vervanging van de aannemer en de matiging van vertragingsboetes: het Hof van Cassatie verduidelijkt" (noot onder Cass. 18 juni 2020), *TBO* 2020, (504) nr. 8.
110. De MvT verduidelijkt dat de schuldeiser tot de buitengerechtelijke vervanging kan overgaan *"om aan eender welke toerekenbare niet-nakoming te verhelpen, ongeacht de ernst ervan"* (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 95).

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

ogenblik dat de schuldeiser daartoe is overgegaan; en (2) een *rechtmatigheids*controle, waarbij de rechter nagaat of het beroep op de buitengerechtelijke vervanging geen rechtsmisbruik uitmaakt.[111]

Wanneer de schuldeiser de buitengerechtelijke vervanging doorvoert zonder dat de voorwaarden daartoe zijn voldaan, oordeelt feitenrechtspraak doorgaans dat de schuldeiser geen terugbetaling van de vervangingskosten kan eisen, noch schadevergoeding voor de schade die naast de vervangingskost is ontstaan.[112] Ook in de rechtsleer wordt de schuldeiser die niet binnen de voorwaarden van de buitengerechtelijke vervanging handelt regelmatig elke vergoeding ontzegd.[113] In het arrest van 18 juni 2020 schuift het Hof van Cassatie een andere oplossing naar voren:
"Wanneer de schuldeiser de verbintenis zonder voorafgaandelijke rechterlijke machtiging laat uitvoeren door een derde, zonder dat daartoe grond bestaat of op een onzorgvuldige wijze, kan de schuldeiser de gemaakte kosten niet verhalen op de schuldenaar, maar heeft hij slechts recht op vergoeding van de schade die het gevolg is van de wanprestatie."

Deze oplossing is als volgt te verklaren. Indien vaststaat dat de schuldenaar effectief een wanprestatie beging maar de schuldeiser de buitengerechtelijke vervanging doorvoerde zonder dat daartoe grond bestaat (bv. bij gebrek aan uitzonderlijke omstandigheden) of op een onzorgvuldige wijze (bv. zonder toekenning van een redelijke uitstel- of respijttermijn), met als gevolg dat de schuldenaar niet de gelegenheid kreeg om zelf aan de wanprestatie te remediëren, dan komt het inderdaad al te onbillijk voor om de schuldeiser *elke* aanspraak op vergoeding te ontnemen en de schuldenaar van zijn kant plots niet meer te verplichten tot vergoeding van de door zijn wanprestatie veroorzaakte schade.[114] Uit de enkele omstandigheid dat een fout (hier: wanprestatie van de schuldenaar) nadien gevolgd wordt door een fout van de tegenpartij (hier: buitengerechtelijke vervanging door de schuldeiser zonder dat de voorwaarden daartoe vervuld zijn) kan dan ook niet worden afgeleid dat er geen causaal verband meer bestaat tussen de eerste fout en de schade.[115] Zelfs wanneer de schuldeiser de buitengerechtelijke vervanging doorvoert zonder dat de voorwaarden daartoe vervuld zijn, blijft de schuldenaar derhalve gehouden tot de vergoeding van de schade die het gevolg is van zijn wanprestatie, zij het dat de feitenrechter de meerschade die uitsluitend resulteert uit de foutieve gedraging van de schuldeiser niet ten laste van de schuldenaar kan leggen. Zoals in het besproken cassatiearrest, komt deze meerschade *in concreto* meestal neer op de meerprijs die de aangezochte derde aanrekent op de kosten die de schuldenaar hoe dan ook zelf had moeten maken indien hij de prestatie zelf geleverd had. De schuldeiser kan de vervangingskosten dan *niet integraal* op de schuldenaar verhalen, maar hij behoudt in dat geval wel het recht om bij wijze van schadevergoeding de *interne (productie)kosten* terug te vorderen, d.i. de kosten die de schuldenaar sowieso had moeten maken indien hij de verbintenis zelf was nagekomen.[116] Hiermee lijkt het Hof van Cassatie een genuanceerde oplossing aan te reiken die tot op heden weinig ingang vond, maar het midden tracht te houden tussen de bescherming van de belangen van de schuldenaar en het vorderingsrecht van de schuldeiser.

III. Herstel van schade wegens wanprestatie

22. Verdwijning van notie 'uitvoering bij equivalent': moderner concept van contractuele aansprakelijkheid – Wanneer uitvoering in natura niet of niet meer mogelijk is of rechtsmisbruik uitmaakt, heeft de schuldeiser, met de woorden van het Hof van Cassatie, aanspraak op uitvoering "*bij equivalent*"[117] of uitvoering "door het *gelijkwaardige*".[118] Dit schrijft het Burgerlijk Wetboek van 1804 niet voor, maar wordt in de rechtspraak en de rechtsleer doorgaans zo geconcipieerd. Uitvoering bij equivalent staat tegenover uitvoering in natura en verschaft de schuldeiser een soort compensatie, vergelijkbaar met of 'equivalent' aan wat de uitvoering in natura hem had opgeleverd.[119]

111. Zie o.m. E. SWAENEPOEL, "De eenzijdige vervanging en de eenzijdige ontbinding: verwarring troef" (noot onder Antwerpen 10 februari 2004), *TBBR* 2007, (156) nr. 9; S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie", *TBBR* 2020, (539) nr. 42; S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 68.
112. Bv. Gent (16e k.) 5 oktober 2018, *TBO* 2020, 65; Gent (16e k.) 25 mei 2018, *TBO* 2020, 60; Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200; Gent 6 mei 2003, *NJW* 2003, 1005, noot F.B.; Luik 27 mei 1986, *JLMB* 1987, 1017, noot C. PARMENTIER; Rb. Henegouwen (afd. Doornik) 29 oktober 2018, *TBBR* 2019, 174; Kh. Bergen 30 maart 2010, *TBBR* 2011, 91; Kh. Charleroi 15 december 1993, *JLMB* 1995, 306; Vred. Gent 29 juni 1992, *T.Vred.* 1993, 119.
113. O.m. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis,* Antwerpen, Intersentia, nr. 428; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil belge,* II, Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 558; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht,* Leuven, Acco, 2021, 184.
114. S. DE REY, "Wat u zelf doet, doet u beter? De buitengerechtelijke vervanging van de schuldenaar erkend door het Hof van Cassatie", *TBBR* 2020, (539) nr. 45.
115. Vgl. inz. buitencontractuele aansprakelijkheid: Cass. 12 januari 2007, C.05.0083.N, *Arr.Cass.* 2007, 60, *Pas.* 2007, 62, *NJW* 2007, 845, noot G. JOCQUÉ, *T.Aann.* 2007, 172, *TBH* 2008, 786, noot C. VAN SCHOUBROECK en *TBO* 2007, 143.
116. Zie al met deze oplossing: S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 750 e.v. met rechtsvergelijkende argumentatie; S. DE REY en B. TILLEMAN, "Buitengerechtelijke herstelling en vervanging bij wijze van uitvoering en herstel" in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen,* Antwerpen, Intersentia, 2017, 217 e.v.
117. Bv. Cass. 15 oktober 1982, *Arr.Cass*. 1982-83, 246 en *Pas.* 1983, 223; Cass. 2 februari 1989, *Arr.Cass*. 1988-89, 655, *Pas.* 1989, 589, *RCJB* 1994, 361, noot M. VANWIJCK-ALEXANDER en *RW* 1989-90, 538; Cass. 13 maart 1998, *JLMB* 2000, 136; Cass. 30 januari 2003, C.00.0632.F, *Arr.Cass*. 2003, 270, *Pas.* 2003, 227, *JLMB* 2004, 672, *RW* 2005-06, 1219 en *TBBR* 2004, 40.
118. Bv. Cass. 14 april 1994, C.93.0461.F, *Arr.Cass.* 1994, 374, *Pas.*1994, 370, *Act. dr.* 1996, 23, noot P. WÉRY, *JLMB* 1995, 1240, noot J. JEUNEHOMME en *RW* 1995-96, 532.
119. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, nr. 98 A.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

De notie 'uitvoering bij equivalent' is in de rechtsleer steeds vaker misleidend bevonden.[120] De uitdrukking doet immers vermoeden dat dit equivalent een substituut is voor de beloofde maar uitgebleven prestatie. Nochtans kan het nadeel dat de schuldeiser wegens de wanprestatie lijdt soms meer zijn, zoals bij extrinsieke schade. De vergoedingsplicht wegens wanprestatie heeft dus niet alleen tot doel de uitgebleven uitvoering te vervangen, maar strekt ertoe de schadelijke gevolgen van de niet-uitvoering te compenseren. Als slachtoffer van de wanprestatie moet de schuldeiser over een aanspraak beschikken tot vergoeding van de schade die de wanprestatie doet ontstaan, zodat hij niet in de kou blijft staan en de schade als gevolg van de wanprestatie op de schuldenaar kan verhalen. Eigenlijk is dit de toepassing van het socio-morele uitgangspunt dat schade niet blijft liggen waar ze valt wanneer iemands toerekenbare fout of onrechtmatig gedrag deze schade veroorzaakt. Anders dan in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, waar dit principe in de artikelen 1382-1383 oud BW verankerd ligt, ontbreekt een soortgelijke bepaling in het contractenrecht. Als antwoord daarop ontwikkelde M. Planiol in zijn *Traité* de theorie van de contractuele aansprakelijkheid als bron van de verbintenis tot schadeloosstelling wegens wanprestatie.[121] Analoog aan deze buitencontractuele sleutelbepalingen, doet de contractuele aansprakelijkheid dan een nieuwe, wettelijke (secundaire) verbintenis ontstaan tot vergoeding van de schade die ontstaat als gevolg van de niet-nakoming van de contractuele (primaire) verbintenis. Anders dan naar Frans recht[122], is de theorie van de contractuele aansprakelijkheid naar Belgisch recht nooit controversieel geweest. Het Wetsvoorstel boek 5 wil voorgoed komaf maken met het begrip 'uitvoering bij equivalent'. Het ruilt deze misleidende uitdrukking in voor de nauwkeurige notie 'herstel van schade' (art. 5.83 en 5.86). Het begrip 'uitvoering bij equivalent' komt in de wettekst van het Wetsvoorstel niet voor.

23. Voorwaarden van contractuele aansprakelijkheid en hun bewijs – Krachtens de regels van de contractuele aansprakelijkheid – die op artikelen 1382-1383 oud BW zijn geënt – moet de schuldeiser die beweert dat de schuldenaar gehouden is om de schade wegens wanprestatie te vergoeden, het bestaan van deze vergoedingsplicht bewijzen (art. 8.4, eerste lid BW). Zoals voor de buitencontractuele aansprakelijkheid, bestaat deze vergoedingsplicht slechts in de mate dat de schuldeiser een *wanprestatie* (of een ander aansprakelijkheidsverwekkend feit), *schade* en *oorzakelijk verband* bewijst.[123] Een cassatiearrest van 28 juni 2018 over de vergoeding van contractuele schade vat dit perfect samen:

"Degene die schadevergoeding vordert moet bewijzen dat er tussen de fout en de schade, zoals die zich concreet heeft voorgedaan, een oorzakelijk verband bestaat. Dit verband veronderstelt dat, zonder de fout, de schade zich niet had voorgedaan zoals ze zich heeft voorgedaan. Er is bijgevolg geen oorzakelijk verband wanneer de schade zich eveneens zou hebben voorgedaan indien de verweerder de hem verweten handelwijze correct had uitgevoerd."[124]

Om aanspraak te maken op vergoeding van contractuele schade wegens wanprestatie, is vereist dat de schuldeiser naast een wanprestatie en een oorzakelijk verband, ook het *bestaan van schade* bewijst.[125] Dit geldt ook bij niet-nakoming van een verbintenis om niet te doen. In een arrest van 9 maart 2018 bevestigt het Hof van Cassatie dat de schuldeiser van een dergelijke verbintenis inderdaad is vrijgesteld van de verplichting om zijn schuldenaar in gebreke te stellen om de niet-nakoming vast te stellen (*supra* nr. 5), maar dat hieruit niet volgt dat artikel 1145 oud BW hem vrijstelt van de verplichting om het bestaan van zijn schade te bewijzen.[126] De schade die de schuldeiser heeft geleden ten gevolge van de niet-nakoming van de contractuele verbintenis moet de rechter *in concreto* ramen.[127]

120. O.a. R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen", *TPR* 1994, (171) 645; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis,* Antwerpen, Intersentia, 2000, 550, nr. 437; I. DURANT en N. VERHEYDEN-JEANMART, "Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel. Rapport belge" in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions d'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé,* Brussel, Bruylant, 2001, (307) 311; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief,* Brugge, die Keure, 2017, nr. 141; S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 149 e.v.; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 533; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 831 (maar willen de notie niet helemaal zien verdwijnen).
121. *Traité élémentaire de droit civil*, III vols., Parijs, LGDJ, 1905.
122. Waar het concept van de contractuele aansprakelijkheid onder aanvoering van een ophefmakend artikel van Ph. Rémy sinds de jaren '90 werd betwist, zie "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", *RTD civ.* 1997, 323-355.
123. O.m. J.-Fr. GERMAIN, "Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat" in J.-Fr. ROMAIN (ed.), *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité,* Brussel, Bruylant, 2014, (107) 110-111; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *JT* 1996, (689) 723, nrs. 102 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil belge,* II, Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 799; S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nr. 189; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 832; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 536.
124. Cass. 28 juni 2018, C.17.0696.N, *RGAR* 2019, nr. 15.353, noot en *RW* 2018-19, 1260, noot.
125. "De vordering tot schadevergoeding voor het herstel van een contractuele fout verjaart bijgevolg niet voordat de voorwaarden van die vordering zijn vervuld, wat impliceert dat niet alleen de fout maar ook de schade bestaat" (Cass. 16 oktober 2017, C.16.0189.F, concl. J. GENICOT, *JLMB* 2019, 218, *RGAR* 2018, nr. 15.522 en *RW* 2018-19, 110).
126. Cass. 9 maart 2018, C.17.0295.F, *RW* 2018-19, 1225, noot.
127. Cass. 8 maart 2018, C.17.0402.N, *Huur* 2019, 33, *RW* 2018-19, 296, *TBBR* 2019, 300, noot B. VERKEMPINCK en *TBO* 2018, 423; Cass. 4 december 2020, C.19.0342.N, *RW* 2020-21, 1424, noot, *TBH* 2021 (samenvatting), 94 en *TRV-RPS* 2021, 511, noot O. ROODHOOFT.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

De drie voorwaarden tot vergoeding van contractuele schade zoals deze voortvloeien uit de contractuele aansprakelijkheid, gelden uiteraard niet voor uitvoering in natura. Hij die uitvoering in natura nastreeft, heeft enkel het bestaan van deze verbintenis te bewijzen (art. 8.4, eerste lid BW).[128] Aangezien deze verbintenis rechtstreeks voortvloeit uit de verbindende kracht van overeenkomsten, kan de schuldeiser die uitvoering in natura nastreeft dus volstaan met het bewijs van deze overeenkomst, meer in het bijzonder van de contractuele verbintenis waarvan hij de nakoming eist. De schuldeiser moet dan geen wanprestatie, schade of oorzakelijk verband bewijzen.[129] Het is het contract *zelf* dat, van bij het begin, aanspraak verleent op uitvoering in natura. Een vordering tot uitvoering in natura is dus niet afhankelijk van het bewijs van een toerekenbare niet-nakoming, schade of oorzakelijk verband. Het komt de schuldenaar toe om te bewijzen dat hij van deze verbintenis is bevrijd, bijvoorbeeld omdat hij al is nagekomen (art. 8.4, tweede lid BW). Interessant in dit verband is het cassatiearrest van 7 september 2020[130] over de ingebrekestelling dat hierboven reeds werd toelicht (*supra* nr. 7), aangezien het tevens de bewijslast aansnijdt bij een vordering tot uitvoering in natura. In de onderliggende zaak vorderde een aannemer betaling van uitgevoerde meerwerken. De appelrechters hadden vastgesteld dat de opdrachtgever de uitvoering van de werken had aanvaard, maar zowel de vorderingsstaat als de eindafrekening van de meer- en minderwerken had geprotesteerd. Het hof van beroep veroordeelde de opdrachtgever toch tot betaling van de werken met als motivering dat de opdrachtgever niet bewees dat de aangerekende werken niet werden uitgevoerd. Terecht oordeelt het Hof van Cassatie dat de appelrechters met miskenning van oud artikel 1315 BW en artikel 870 Ger.W. hierdoor de bewijslast van de aannemer naar de opdrachtgever verleggen:

"Uit deze bepalingen volgt dat degene die zich op een recht beroept behoort aan te tonen dat alle voorwaarden voorhanden zijn die het recht doen ontstaan waarop hij zich beroept.

Wanneer een aannemer betaling vordert voor overeengekomen werken en de opdrachtgever aanvoert dat de werken of een gedeelte ervan niet door de aannemer werden uitgevoerd, komt het bijgevolg aan deze laatste toe om te bewijzen dat hij de werken heeft uitgevoerd."

Dit arrest is niet alleenstaand. Eerder had het Hof van Cassatie al geoordeeld dat een aannemer die betaling vordert voor werken, moet bewijzen dat hij de werken heeft uitgevoerd indien de opdrachtgever aanvoert dat de werken of een gedeelte ervan niet door de aannemer werden uitgevoerd.[131] Hoewel deze rechtspraak gewezen is op basis van onder meer oud artikel 1315 BW, blijf die interpretatie ook onder Boek 8 BW relevant. Artikel 8.4 BW is namelijk beperkt gebleven tot een herformulering van de principes over de bewijslastverdeling uit oud artikel 1315 BW.

A. Vorm van het herstel: schadevergoeding of herstel in natura

24. Traditioneel uitgangspunt: schade wegens wanprestatie enkel te vergoeden met schadevergoeding – Over de vergoedings- of herstelplicht wegens wanprestatie is het huidig wettelijk kader erg beknopt. Het Burgerlijk Wetboek van 1804 voorziet slechts in enkele algemene richtsnoeren, die vervat liggen in de artikelen 1142 en 1146-1155. Deze bepalingen verwijzen enkel naar schadevergoeding. Zo bepaalt artikel 1142 oud BW dat ingeval de schuldenaar zijn verbintenis niet nakomt, *"iedere verbintenis om iets te doen of iets niet te doen wordt opgelost in schadevergoeding"*. Ook andere gemeenrechtelijke bepalingen over sancties wegens wanprestatie (o.a. art. 1120, 1136, 1143, 1145 en 1184, tweede lid oud BW) voorzien enkel in schadevergoeding. Derhalve zou het Burgerlijk Wetboek van 1804 de stilzwijgende regel bevatten dat de vergoeding van schade wegens wanprestatie enkel de vorm van schadevergoeding kan aannemen. Klassieke auteurs hebben elke andere vorm van schadeherstel traditioneel uitgesloten.[132] Zo schrijft H. De Page dat de vergoeding van contractuele schade *"consiste toujours, et ne peut consister qu'en une somme d'argent"*.[133]

In een principiepsarrest van 3 oktober 2019 breekt het Hof van Cassatie met deze traditionele opvatting.[134] Voor het eerst aanvaardt het Hof van Cassatie dat de vergoeding wegens wanprestatie niet tot schadevergoeding is beperkt. Hoewel de wettekst van het Burgerlijk Wetboek van 1804 enkel in schadevergoeding voorziet, erkent dit arrest dat schade wegens wanprestatie *ook door herstel in natura* kan worden vergoed. Voor we op dit mijlpaalarrest ingaan, stellen we in het volgende randnummer het begrip 'herstel in natura' op scherp.

128. Dat neemt niet weg dat de schuldeiser voor de ontvankelijkheid van zijn vordering wel een persoonlijk en rechtstreeks belang moet aantonen in de zin van art. 17-18 Ger.W., zie ook R. JAFFERALI, "L'intérêt légitime à agir en réparation – une exigence… illégitime?", *JT* 2012, 523 e.v.
129. O.m. M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht,* Gent, E. Story-Scientia, 1962, nrs. 418-419 en 435; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve,* Brussel, Larcier, 1991, nr. 99; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *JT* 1996, (689) nr. 92; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht* in *APR,* Mechelen, Kluwer, 2013, nr. 164; J.-Fr. GERMAIN, "Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat" in J.-Fr. ROMAIN (ed.), *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité,* Brussel, Bruylant, 2014, (107) 111; B. VANLERBERGHE, "Bewijslast" in Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 1416; S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nr. 189; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 597.
130. Cass. 7 september 2020, AR C.19.0147.N, *TBH* 2020, 941 en *TBO* 2020, 514.
131. Cass. 21 januari 2016, C.14.0470.N, *RABG* 2017, 100, *RW* 2017-18, 1419, *TBO* 2016, 432 en *P&B* 2017, 19.
132. O.m. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Brussel, Bruylant, 1878, nr. 337; A. KLUYSKENS, *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1948, nr. 66, 5°; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 242.
133. *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, nr. 98 A.
134. Cass. 3 oktober 2019, C.17.0621.N, *TBBR* 2020, 84, noot S. DE REY en *RW* 2020-21, 136, noot S. DE REY.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

25. Herstel in natura als alternatieve vergoedingswijze: onderscheid met uitvoering in natura – Herstel in natura (*réparation en nature*) is niet te verwarren met uitvoering in natura (*exécution en nature*). Uitvoering in natura beoogt de nakoming van de miskende contractuele verbintenis. Het verschaft de schuldeiser de beloofde prestatie. De schuldenaar op zijn beurt 'betaalt' in de zin van artikelen 1235 e.v. oud BW exact wat hij contractueel verschuldigd is: de verkoper levert de door de koper bestelde koopwaar; de garagist onderhoudt de wagen van zijn klant; de huurder betaalt de huurprijs.

Herstel in natura daarentegen is *geen vorm van nakoming,* maar een *vorm van schadeherstel*. Anders dan uitvoering in natura neemt schadeherstel de wanprestatie niet weg, maar het herstelt enkel de door de wanprestatie veroorzaakte schade. In tegenstelling tot uitvoering in natura, heeft schadeherstel dus geen 'satisfactoir', maar slechts een 'compensatoir' karakter. Schadeherstel is mogelijk in twee vormen: in geld (schadevergoeding) of in natura (herstel in natura). Als vorm van schadeherstel verschaft herstel in natura de schuldeiser dus niet het voorwerp van de miskende verbintenis (zoals uitvoering in natura), maar wel een andere, equivalente prestatie, ter compensatie van de schade die de schuldeiser door de miskenning van deze verbintenis lijdt.[135] Met de woorden van het Hof van Cassatie in een arrest van 25 november 2020[136], is herstel in natura te omschrijven als *"een non-pecuniair equivalent voor het gekrenkte belang"*. Dit arrest, waarmee het Hof van Cassatie voor het eerst een definitie van herstel in natura verschaft, is gewezen op grond van artikelen 1382-1383 oud BW. Niettemin lijkt de analogische toepassing op het contractenrecht evident.[137] Het 'gekrenkte belang' is dan gelegen in het positief contractsbelang (over de invulling van dit positief belang, zie *infra* nr. 31).

Conceptueel mag het onderscheid tussen uitvoering in natura en herstel in natura duidelijk zijn, in de praktijk blijkt het soms flinterdun. Enkele voorbeelden kunnen dit onderscheid verduidelijken. Zo bouwde de aannemer bij de bouw van een huis de badkamer in weerwil van de plannen boven de slaapkamer. Het lawaai in de badkamer verstoorde op ernstige wijze de nachtrust van de bewoners. Hier zou uitvoering in natura erop neerkomen dat de badkamer boven de slaapkamer wordt gesloopt en op de juiste plaats wordt geïnstalleerd. Wanneer dit niet meer mogelijk of onredelijk duur is, is het denkbaar om de aannemer te verplichten om in plaats daarvan in de slaapkamer en/of de badkamer geluidsisolatie te plaatsen. Dit verschaft de bewoners niet de initieel beloofde prestatie. Het is dus geen vorm van uitvoering in natura. Het verschaft het koppel wel een andere dan de initieel beloofde prestatie die de schade wegens wanprestatie herstelt, niet in geld (via schadevergoeding) maar in natura.[138] Een ander voorbeeld betrof een telefoonmaatschappij die een arts vergat op te nemen onder de medische rubriek in het telefoonboek. Omdat een herdruk van de telefoonboeken onredelijk duur bleek, werd de telefoonmaatschappij verplicht om de coördinaten van de arts te vermelden op elke naar de geabonneerden verzonden factuur.[139] Dit is geen uitvoering in natura, maar wel een herstel in natura van contractuele schade. Hetzelfde geldt voor de zaak waarin de verhuurder werd verplicht tot terbeschikkingstelling van een alternatief huurgoed toen het huurgoed door de wanprestaties van de verhuurder onbewoonbaar werd.[140]

26. Aanvaarding van herstel in natura wegens wanprestatie (Cass. 3 oktober 2019) – In het cassatiearrest van 3 oktober 2019 stond niet zozeer de kwalificatie van herstel in natura ter discussie, maar wel de begroting (d.i. omvang) ervan. Het Hof van Cassatie grijpt deze zaak evenwel aan om zich over de toelaatbaarheid van herstel in natura wegens wanprestatie uit te spreken.

De onderliggende zaak betrof een tuinbouwbedrijf dat elektriciteit opwekt voor eigen gebruik. De overproductie hiervan verkocht het via Warmtekracht Ondersteuning Maatschappij cvba (hierna: 'WOM') aan Electrabel nv (hierna: 'Electrabel'). Hiervoor is de lokale installatie van het tuinbouwbedrijf aangesloten op het distributienet, beheerd door Gaselwest cvba (hierna: 'Gaselwest'). Voor de injectie van elektriciteit in het distributienet is het tuinbouwbedrijf injectietarieven verschuldigd. Gaselwest factureert die aan Electrabel, die deze op haar beurt contractueel en proportioneel doorrekent aan de leden van WOM, waaronder het tuinbouwbedrijf. Een Vlaams decreet van 23 december 2010 verleende echter vrijstelling voor stroom opgewekt via hernieuwbare energie.[141] Hierdoor was het tuinbouwbedrijf sinds 1 februari 2011 geen injectietarieven meer verschuldigd. Bij arrest van 12 juli 2012 werd deze vrijstelling evenwel retroactief vernietigd door het Grondwettelijk Hof.[142] Na dit arrest gaat Gaselwest over tot retroactieve facturatie van de injectietarieven aan Electrabel voor de periode tussen de inwerkingtreding van de vrijstelling (1 februari 2011) en de vernietiging ervan (12 juli 2012). Electrabel rekent deze op haar beurt door aan het tuinbouwbedrijf. Het tuinbouwbedrijf betwist deze facturatie, maar betaalt onder voorbehoud van alle rechten. Het dagvaardt Electrabel tot terugbetaling van de retroactief gefactureerde injectietarieven, te vermeerderen met interesten.

135. S. DE REY, "Herstel in natura van contractuele en buitencontractuele schade: onbekend, onbemind?", *RW* 2019-20, (163) nrs. 9 e.v.
136. Cass. 25 november 2020, P.20.0808.F, *RGAR* 2021, nr. 15.756 en *TBBR* 2021, 306, noot S. DE REY en P. WÉRY.
137. Zie ook S. DE REY en P. WÉRY, "La réparation en nature en matière extracontractuelle: un équivalent non-pécuniaire de l'intérêt lésé" (noot onder Cass. 25 november 2020), *TBBR* 2021, 307.
138. Dit voorbeeld is gebaseerd op Cass.Fr. (Civ., 3e k.) 26 mei 1994, *Bull. civ.* 1994, III, nr. 100, nr. 92-15911 en *JCP G* 1994, 3809.
139. Rb. (KG) Luik 6 juni 1995, *DIT* 1996, 48, noot P. WÉRY.
140. Vred. Jumet 11 september 1995, *RRD* 1995, 458.
141. *BS* 20 januari 2011, 6397.
142. GwH 12 juli 2012, nr. 89/2012, *BS* 18 oktober 2012, 63.477.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

Anders dan in eerste aanleg, willigt het hof van beroep de vordering van het tuinbouwbedrijf in.[143] Omdat Electrabel op de hoogte was van de procedure voor het Grondwettelijk Hof en de gevolgen ervan kon inschatten, oordeelt het hof dat Electrabel – als machtige energieleverancier met een uitgebreide juridische dienst – op basis van de goede trouw haar zwakkere medecontractant hierover had moeten inlichten. Electrabel is deze informatie- en waarschuwingsplicht niet nagekomen. Anders dan Gaselwest, die sinds de procedure voor het Grondwettelijk Hof in haar facturen aan Electrabel een duidelijk voorbehoud opnam, heeft Electrabel na de invoering van de decretale vrijstelling de facturatie van injectietarieven stopgezet, zonder waarschuwing of voorbehoud over de hangende procedure voor het Grondwettelijk Hof. Het hof van beroep oordeelt dat op grond van deze contractuele fout van Electrabel, het tuinbouwbedrijf bij wijze van 'herstel in natura' moet worden vrijgesteld van de betaling van de retroactief gefactureerde injectietarieven. Derhalve wordt Electrabel veroordeeld tot terugbetaling van de retroactief gefactureerde injectietarieven, te vermeerderen met interesten.

In haar enige middel tot cassatie stelt Electrabel vast dat uitvoering in natura van de door haar miskende informatie- en waarschuwingsplicht niet meer nuttig is na de feiten, zodat de appelrechters naar recht tot 'uitvoering bij equivalent' besloten. Het middel verwijt de appelrechters echter om aan die uitvoering bij equivalent, in de vorm van een herstel in natura, een invulling te geven die de grenzen van het Burgerlijk Wetboek overschrijdt. Het middel voert aan dat de invulling die de appelrechters aan de uitvoering bij equivalent geven, met name door het tuinbouwbedrijf bij wijze van herstel in natura vrij te stellen van de betaling van de retroactief gefactureerde injectietarieven, het tuinbouwbedrijf in een betere toestand plaatst dan de toestand waarin het zich zou hebben bevonden wanneer Electrabel haar informatie- en waarschuwingsplicht niet had miskend. Ook wanneer Electrabel deze informatie- en waarschuwingsplicht was nagekomen en het tuinbouwbedrijf derhalve over de hangende procedure voor het Grondwettelijk Hof had ingelicht, had het tuinbouwbedrijf deze injectietarieven finaal moeten betalen. De nakoming van de informatie- en waarschuwingsplicht had het tuinbouwbedrijf enkel de kans geboden om op deze potentiële facturatie te anticiperen, bijvoorbeeld door hiervoor een som te reserveren. Het Hof van Cassatie acht dit middel gegrond en overweegt wat volgt:

"Krachtens artikel 1149 Burgerlijk Wetboek, is, ingeval van schuldige niet-nakoming van een contractuele verbintenis, de schuldenaar verplicht de schade die de schuldeiser hierdoor lijdt te vergoeden. Deze schade bestaat uit het geleden verlies en de gederfde winst, behoudens de toepassing van de artikelen 1150 en 1151 Burgerlijk Wetboek.

De schade wordt vergoed door hetzij het herstel in natura, hetzij vervangende schadevergoeding.

De vergoedingsplicht strekt ertoe de schuldeiser terug te plaatsen in de toestand waarin hij zich zou hebben bevonden, mocht de wanprestatie niet hebben plaatsgevonden. Het herstel in natura mag aan de schuldenaar geen grotere last opleggen.

(…)

De appelrechters die op deze gronden de eiseres veroordelen tot terugbetaling van de injectietarieven als herstel in natura wegens schending van haar informatie- en waarschuwingsplicht, zonder na te gaan of de tarieven verschuldigd waren door de verweerster indien de voormelde verplichting wel was nageleefd, verantwoorden hun beslissing niet naar recht."

Met deze beslissing sluit het Hof van Cassatie zich aan bij een modernere strekking. Die pleit sinds de jaren '90 al langer voor de toelaatbaarheid van de vergoeding van contractuele schade op een andere wijze dan de betaling van een geldsom.[144] Het cassatiearrest van 3 oktober 2019, dat voortaan als principsarrest geldt, loodst het herstel in natura van contractuele schade de 21e eeuw binnen. Dit lijkt ons ontegensprekelijk de draagwijdte te zijn van het arrest, ook al maakte de herstelmaatregel die *in casu* aan dit arrest ten grondslag ligt, geen non-pecuniair equivalent uit, maar bestond die in de restitutie van een geldsom, derwijze dat dit moeilijk als een herstel in natura kon worden gekwalificeerd.[145] Gewezen op basis van het gemeen verbintenissenrecht, heeft de erkenning van herstel in natura in dit arrest niettemin een algemene draagwijdte.[146] Deze gemeenrechtelijke erkenning maakt talloze toepassingen mogelijk.[147] Als creatieve en minder rigide vorm van schadeloosstelling, die soms meer op de aard van de schade is afgestemd, kan herstel in natura voor (een van de) partijen soms een nuttig alternatief voor schadevergoeding blijken.

143. Brussel (18e k. N) 6 september 2017, AR 2015/AR/652.
144. Zie o.m. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires,* Brussel, Kluwer, 1993, nrs. 128 e.v.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *JT* 1996, (689) nr. 115; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats,* Diegem, Kluwer, 1999, nr. 173; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil belge,* II, Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 545, 8°; J.-Fr. GERMAIN, "Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat" in J.-Fr. ROMAIN (ed.), *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité,* Brussel, Bruylant, 2014, (107) 109 e.v.; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 243; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, 607 e.v. Uitvoerig over de aanloop naar deze erkenning: S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 133 e.v.
145. Met deze vaststelling: S. DE REY, "'t Is gebeurd: Herstel in natura van contractuele schade erkend door het Hof van Cassatie" (noot onder Cass. 3 oktober 2019), *TBBR* 2020, (85) 101, nr. 32; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 600. Deze kwalificatie druist dan ook in tegen de definitie die het Hof van Cassatie aan herstel in natura geeft in het arrest van 25 november 2020 (*supra* nr. 25). Voor het Hof van Cassatie is het echter moeilijk, zoja onmogelijk om nog aan deze kwalificatie te raken eens de feiten in het bestreden arrest en in de voorziening zo worden voorgesteld en die kwalificatie niet in vraag wordt gesteld.
146. In een aantal specifieke gevallen was dit al mogelijk op basis van bijzondere wetsbepalingen. Zie het overzicht bij S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 314-416.
147. In het proefschrift van S. De Rey zijn die uitvoerig in kaart gebracht, zie *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 301-973.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

Dit arrest sluit naadloos, bijna woordelijk aan bij de tekst van het Wetsvoorstel Boek 5. Voor de niet-nakoming van contractuele verbintenissen bepaalt artikel 5.86, eerste lid immers wat volgt:
"De schuldeiser kan het integrale herstel van zijn schade eisen, in natura of in geld, overeenkomstig de artikelen 5.237 tot 5.238".

Het artikel 5.237, ondergebracht bij de bepalingen over het algemeen regime van de verbintenis, dat toepasselijk is ongeacht zijn bron, herhaalt de mogelijkheid tot herstel in natura in de volgende woorden:
"Bij toerekenbare niet-nakoming is de schuldenaar gehouden tot het integraal herstel van de door de schuldeiser geleden schade, hetzij in natura, hetzij in geld".

27. Afstemming contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid: opheffing van discrepantie – De erkenning van herstel in natura wegens wanprestatie is een belangrijke stap voorwaarts in de modernisering van ons verbintenissenrecht.[148] Deze stap kadert in de tendens die ervoor pleit de verschillen tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid tot het noodzakelijke minimum te beperken. Wat herstel in natura betreft, bestond tot vóór het cassatiearrest van 3 oktober 2019 immers een frappante discrepantie tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Anders dan voor contractuele aansprakelijkheid, was herstel in natura op basis van de artikelen 1382-1383 oud BW immers al verschillende decennia aanvaard. Zo bevestigde het Hof van Cassatie dit voor het eerst in een arrest van 30 januari 1965[149], waarin het de vernietiging van een contract wegens derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk op grond van artikel 1382 oud BW als een 'vergoeding in natura' kwalificeert. Sindsdien klinkt het in de gevestigde cassatierechtspraak dat de artikelen 1382-1383 oud BW de schuldeiser het recht verlenen *"de vergoeding van zijn schade in natura te vorderen indien dit mogelijk is en geen misbruik van recht oplevert"*.[150] Deze discrepantie tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid botste met de tendens die, waar mogelijk, zoekt naar een geleidelijke convergentie van beide aansprakelijkheidsregimes.[151] Daarom hebben wij herstel in natura van contractuele schade recentelijk vanuit een buitencontractuele invalshoek in een nieuw daglicht gesteld.[152] Dit leidde tot de conclusie dat wat de mogelijkheid tot herstel in natura betreft, tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid geen onderscheid mag bestaan. Hoewel het onderscheid tussen beide aansprakelijkheidsregimes tot de kern van ons burgerlijk recht behoort, bestaan er voor herstel in natura immers toepassingsgevallen waarin beide aansprakelijkheidsregimes zo dicht bij elkaar liggen, dat de (on)mogelijkheid tot herstel in natura naargelang het (buiten)contractueel karakter van de schade, in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, moeilijk op basis van een legitieme grond op pertinente en proportionele wijze kon worden verantwoord.[153] Met het arrest van 3 oktober 2019 heft het Hof van Cassatie deze discrepantie tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid op en brengt het beide aansprakelijkheidsregimes op dit punt terecht op één lijn. Het past perfect binnen de filosofie van het Wetsvoorstel Boek 5. Dit schrijft de vorm van het schadeherstel voor in een bepaling uit het algemeen regime van de verbintenis, toepasselijk op de niet-nakoming van elke verbintenis, ongeacht of zij haar oorsprong vindt in een contract of de buitencontractuele aansprakelijkheid (*supra* nr. 26).

28. Voorwaarden voor herstel in natura – Het onderscheid tussen uitvoering in natura en herstel in natura is niet zuiver conceptueel, maar heeft ook *praktische gevolgen.* Anders dan uitvoering in natura, volgt herstel in natura immers niet uit de verbindende kracht van overeenkomsten (art. 1134, eerste lid oud BW). Het volgt uit de contractuele aansprakelijkheid. Vergoeding op basis van de contractuele aansprakelijkheid vereist het bewijs van een *wanprestatie* (of een ander aansprakelijkheidsverwekkend feit), *schade* en *oorzakelijk verband* (*supra* nr. 23). Dit geldt niet alleen wanneer de schuldeiser vergoeding in geld vordert, maar ook wanneer hij herstel in natura eist.[154] De schuldeiser die *herstel* in natura vordert bevindt zich dus in een minder comfortabele procespositie dan wanneer hij *uitvoering* in natura nastreeft. De schuldeiser die beweert dat de schuldenaar gehouden is om een contractuele verbintenis na te komen, heeft enkel het bestaan van deze verbintenis te bewijzen (art. 8.4, eerste lid BW). De schuldeiser moet dan geen wanprestatie, schade of oorzakelijk verband bewijzen (*supra* nr. 23). Het is het contract *zelf* dat, van bij zijn

148. S. DE REY, "Herstel in natura van contractuele schade? De vormen en de omvang van de vergoedingsplicht wegens wanprestatie" (noot onder Cass. 3 oktober 2019), *RW* 2020-21, (136) nr. 10.
149. Cass. 30 januari 1965, *JT* 1965, 312, *Pas.* 1965, 538, *RCJB* 1966, 77, noot J. DABIN, *Rec.gén.enr.not.* 1966, 436 en *RW* 1964-65, 1553. Daarna bevest. Cass. 27 april 2006, C.04.0591.N, *Arr.Cass.* 2006, 993, *Pas.* 2006, 976, *RW* 2009-10, 236 en *TBBR* 2008, 507, noot J. DEWEZ.
150. Alleen al sinds 2010, zie o.m. Cass. 5 mei 2011, C.10.0496.F, *Arr.Cass.* 2011, 1157, *Pas.* 2011, 1272, concl. Adv. Gen. A. HENKENS, *AM* 2012, 437, *ICIP* 2011, 50, *RCJB* 2012, 363, noot L. VAN BUNNEN, *RGAR* 2012, nr. 14.846, noot E. ESTIENNE en *TBBR* 2012, 247, noot P. WÉRY; Cass. 4 september 2014, *Arr. Cass.* 2014, 1751, *Pas.* 2014, 1731, *APT* 2015, 203, *JLMB* 2015, 872, *NJW* 2015, 244, noot G. JOCQUÉ, *RGAR* 2015, nr. 15.177, *TBBR* 2015, 569, noot D. RENDERS en *VAV* 2015, 46, noot G. JOCQUÉ; Cass. 15 maart 2017, P.16.1109.F, *APT* 2017, 444; Cass. 3 april 2017, S.16.0039.N, *JTT* 2017, 293, *RW* 2017-18, 1414, noot P. DION en Y. STEVENS en *JLMB* 2018, 1892, noot P. WÉRY; Cass. 26 oktober 2017, C.16.0393.N, *RABG* 2018, 359; Cass. 5 september 2018, P.17.1175.F. bevest. GwH 31 januari 2019, nr. 14/2019, overw. B.5.
151. I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 82; Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Intersentia, 2009, 117; vgl. voor Frankrijk, bv.: E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Parijs, LGDJ, 2016, 637 p.; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité* in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil,* Parijs, LGDJ, 2019, 611 e.v.
152. Zie S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, 927 p.
153. S. DE REY, "Herstel in natura van contractuele en buitencontractuele schade: onbekend, onbemind?", *RW* 2019-20, (163) nr. 24.
154. Zie P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 597; S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nr. 189; S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 85.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

totstandkoming, aanspraak verleent op uitvoering in natura. Het komt de schuldenaar toe om te bewijzen dat hij van deze verbintenis is bevrijd, bijvoorbeeld omdat hij al is nagekomen (art. 8.4, tweede lid BW) (zie *supra*, nr. 23).

Het voorwerp van de concrete herstelmaatregel waarmee de schade in natura kan worden hersteld, is daarentegen haast niet af te bakenen. Het kan elke prestatie omvatten die het voorwerp kan zijn van een wettelijke of contractuele verbintenis. Dat betekent echter niet dat de rechter, binnen de grenzen van het beschikkingsbeginsel, eender welke invulling aan het herstel in natura kan geven. Tussen de concrete herstelmaatregel in natura en de geleden schade moet een equivalentie bestaan, zowel op kwantitatief (omvang) als op kwalitatief vlak (inhoud).[155] De *kwantitatieve equivalentie* vereist dat de *omvang* van het toegekende herstel in natura op de feitelijke schade is afgestemd. Dit geldt ook voor schadevergoeding en komt derhalve in de volgende sectie aan bod over de begroting van de vergoeding wegens wanprestatie (*infra* nrs. 30 e.v.). Hier is het vooral zaak te wijzen op de *kwalitatieve equivalentie.* Geld wordt geacht eender welke schade te kunnen compenseren, zodat de toekenning van schadevergoeding enkel kwantitatieve (omvang) maar geen kwalitatieve (inhoud) equivalentie vereist. Herstel in natura daarentegen moet niet alleen kwantitatief met de schade overeenstemmen, maar ook *kwalitatief* aansluiten bij de geleden schade, zodat het deze schade niet alleen financieel, maar ook feitelijk herstelt.[156] De schuldeiser kan herstel in natura dus niet aangrijpen om de schuldenaar een prestatie in natura te doen verrichten die niet tot doel heeft de feitelijke schade in natura te herstellen. Denk aan de koper van een auto die naderhand gebrekkig of niet-conform blijkt. De koper kan dan niet eisen dat de tekortkomende verkoper bij wijze van herstel in natura bij hem thuis het gras komt maaien. Dat is ook een prestatie in natura, maar die remedieert de feitelijke schade niet. De afstemming van herstel in natura op de feitelijke schade is ingegeven door het positief belang: de alternatieve prestatie in natura moet de schuldeiser zoveel als mogelijk in de situatie van contractnakoming plaatsen (*infra* nr. 31).

29. Verhouding tussen schadevergoeding en herstel in natura – Het cassatiearrest van 3 oktober 2019 beantwoordt niet alle vragen over herstel in natura.[157] Een belangrijk punt is bijvoorbeeld de cumulatie van schadevergoeding en herstel in natura. Uit de overweging van het arrest dat schade wegens wanprestatie wordt vergoed door *"hetzij het herstel in natura, hetzij vervangende schadevergoeding"*, zou een snelle lezer verkeerdelijk kunnen afleiden dat schadevergoeding en herstel in natura nooit kunnen worden gecumuleerd, vergelijkbaar met het cumulverbod dat geldt tussen uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent.[158] Niets is minder waar. In principe mag de vergoeding wegens wanprestatie de schuldeiser niet 'minder' vergoeden dan de rechtens vergoedbare schade. Indien het concrete herstel in natura deze schade niet integraal vergoedt, heeft de schuldeiser derhalve recht op een *bijkomende* of *aanvullende* schadevergoeding.[159]

Een andere vraag betreft de hiërarchische verhouding tussen schadevergoeding en herstel in natura. Met de overweging dat schade wegens wanprestatie wordt vergoed door *"hetzij het herstel in natura, hetzij vervangende schadevergoeding"*, laat het cassatiearrest van 3 oktober 2019 in het midden of een van deze vormen van schadeherstel voorrang heeft op de andere. In het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht is deze verhouding vandaag nochtans duidelijk. Het principe is dat herstel in natura op schadevergoeding primeert.[160] Een cassatiearrest van 3 april 2017 bevestigt dit duidelijk: *"Herstel van de schade in natura is de normale wijze van vergoeding van schade. De rechter is bijgevolg verplicht het herstel van de schade in natura te bevelen wanneer het slachtoffer dit vordert of de aansprakelijke dit aanbiedt en deze wijze van herstel bovendien mogelijk is en geen rechtsmisbruik uitmaakt".*[161] De aanhangers van herstel in natura hebben dezelfde oplossing binnen het contractueel aansprakelijkheidsrecht verdedigd.[162] Behalve wanneer herstel in natura rechtsmisbruik uitmaakt of onmogelijk is, betekent dit dat zowel de schuldeiser als de schuldenaar recht hebben op herstel in natura, zodat zij herstel in natura aan elkaar kunnen opdringen. Anders gezegd, binnen de grenzen van het beschikkingsbeginsel moet de rechter herstel in

155. M.È. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation,* Parijs, LGDJ, 1974, 269 e.v. Herneming ervan bij o.m. P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 596; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil belge,* II, Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 545, 8°; S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 420 e.v.
156. Bv. J.-Fr. GERMAIN, "Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat" in J.-Fr. ROMAIN (ed.), *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité,* Brussel, Bruylant, 2014, (107) 125, die terecht benadrukt dat de invulling van herstel in natura niet wordt bepaald in het licht van het voorwerp van de (primaire) miskende verbintenis, maar in het licht van de schade. Zie ook S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 474 e.v.
157. S. DE REY, "Herstel in natura van contractuele schade? De vormen en de omvang van de vergoedingsplicht wegens wanprestatie" (noot onder Cass. 3 oktober 2019), *RW* 2020-21, (136) nr. 11.
158. Bv. Cass. 15 oktober 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 246.
159. P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil belge,* II, Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 545, 8°; S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nr. 459 en de voorbeelden aldaar.
160. O.m. H. BOCKEN en I. BOONE m.m.v. M. KRUITHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 203, nr. 330; D. DE CALLATAŸ en N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007,* II, Brussel, Larcier, 2009, 481; E. DIRIX, *Het begrip schade,* Brussel, Kluwer, 1984, nr. 58; G. JOCQUÉ, "Herstel in natura bij onrechtmatige handeling van overheid" (noot onder Cass. 4 september 2014), *NJW* 2015, 246; D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* vol. IX, II, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1999, 65-66, nr. 34; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil belge,* II, Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 1120; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 2, Brussel, Larcier, 2016, 91, nrs. 86-88.
161. Cass. 3 april 2017, S.16.0039.N, *JTT* 2017, 293, *RW* 2017-18, 1414, noot P. DION en Y. STEVENS en *JLMB* 2018, 1892, noot P. WÉRY. In zijn jaarverslag 2017 bevestigt het Hof van Cassatie deze interpretatie (zie p. 37).
162. O.a. J.-Fr. GERMAIN, "Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat" in J.-Fr. ROMAIN (ed.), *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité,* Brussel, Bruylant, 2014, (107) 115; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *JT* 1996, (689) 729, nr. 115; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 604.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

natura toekennen telkens wanneer de schuldeiser dit vordert of de schuldenaar dit aanbiedt, behalve wanneer herstel in natura onmogelijk is of rechtsmisbruik uitmaakt.[163] Op basis van een rechtsvergelijkende argumentatie, is recentelijk een andere rechtsopvatting verdedigd.[164] Naar Belgisch gemeen recht bestaat geen sluitende reden om de ene vorm van schadeherstel voorrang te geven op de andere. Hiërarchisch zijn schadevergoeding en herstel in natura aan elkaar gelijk. Het zijn twee vormen van schadeherstel die de schuldeiser 'slechts' een compensatie verschaffen, zonder dat de ene volmaakter is dan de andere. Tussen deze twee vormen van *schade*herstel zou de schuldeiser een keuzerecht moeten hebben, zonder dat hij zich in de uitoefening van dit keuzerecht schuldig mag maken aan rechtsmisbruik. Deze armslag, die zonder twijfel een belangenafweging toelaat, biedt de schuldenaar voldoende bescherming.

B. Omvang van het herstel: begroting van de vergoeding wegens wanprestatie

1° Beginsel van integrale vergoeding

30. Draagwijdte van artikelen 1150-1151 oud BW – De rechtsvormende rol van de rechtspraak, en van het Hof van Cassatie in het bijzonder, komt duidelijk tot uitdrukking in de toepassing van de artikelen 1149, 1150 en 1151 oud BW. Die bepalen voor de contractuele aansprakelijkheid welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. Volgens artikel 1149 oud BW bestaat de vergoeding wegens contractuele aansprakelijkheid, in het algemeen, in het verlies dat de schuldeiser heeft geleden (*damnum emergens*) en in de winst die hij heeft moeten derven (*lucrum cessans*). Het Hof van Cassatie leidt hieruit af dat de schuldeiser *"zodra hij aantoont dat de schade zich zonder die fout niet op dezelfde wijze had voorgedaan, recht heeft op de volledige vergoeding van zijn schade, zowel wat het geleden verlies als wat de gederfde winst betreft".*[165] In het licht van het wettelijk kader mag de aanspraak op *volledige* vergoeding van de schade op het eerste gezicht misschien verbazen. Volgens het Burgerlijk Wetboek van 1804 bestaat slechts een aanspraak op vergoeding van de schade die (i) *"was voorzien of die men heeft kunnen voorzien ten tijde van het aangaan van het contract"* (art. 1150 oud BW) en die (ii) *"een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van het niet uitvoeren van de overeenkomst"* (art. 1151 oud BW). In werkelijkheid stemt de materiële draagwijdte van deze bepalingen echter al lang niet meer met hun formulering overeen. Allereerst is de in artikel 1150 oud BW vervatte *voorzienbaarheidsgrens* in belangrijke mate gerelativeerd, tot nagenoeg helemaal uitgehold. Al sinds bijna 100 jaar oordeelt het Hof van Cassatie immers dat die voorzienbaarheid alleen het bestaan (d.i. 'het type') van de schade(post), maar niet de omvang ervan betreft.[166] Ten aanzien van de formulering van artikel 1150 oud BW, is dit een aanzienlijke inperking. Die cassatierechtspraak werd meermaals bevestigd[167] en kent sindsdien trouwe navolging in de feitenrechtspraak.[168] Vandaag blijken feitenrechters de voorzienbaarheidsgrens dan ook zelden of nooit toe te passen om de gevorderde schadevergoeding af te wijzen of de omvang ervan te beperken. Daarnaast is de beperking tot de directe of rechtstreekse schade uit artikel 1151 oud BW geneutraliseerd. Vier decennia geleden oordeelde het Hof van Cassatie immers al dat om onder artikel 1151 oud BW vergoedbaar te zijn, het volstaat dat de schade het noodzakelijke gevolg is van de wanprestatie en bijgevolg zonder de wanprestatie niet zou zijn voorgekomen.[169] De rechter beoordeelt dit op onaantastbare wijze.[170] Hierdoor is *"schadevergoeding wegens niet-nakoming (…) ook verschuldigd (…) voor 'indirecte schade' die veroorzaakt is door het niet uitvoeren van de overeenkomst".*[171] In die zin vereist artikel 1151 oud BW niets meer dan de contractuele toepassing van de equivalentieleer.[172]

In zijn proefschrift toont B. Verkempinck dan ook overtuigend aan dat ondanks de artikelen 1150-1151 oud BW, ook in het contractrecht het integraliteitsbeginsel als uitgangspunt geldt.[173] Het Wetsvoorstel

163. Uitvoerig met praktische implicaties (en de invulling van het beschikkingsbeginsel), zie S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nrs. 266-278.
164. Zie S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, 185-205, nrs. 223-245; S. DE REY, "La réparation en nature dans leux ordres de la responsabilité civile" in P. WÉRY (ed.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle,* C.U.P., vol. 198, Luik, Anthémis, (129) 186, nr. 34. Bevestigend: S. STIJNS en I. SAMOY, *Leerboek verbintenissenrecht,* boek 1*bis,* Brugge, die Keure, 2020, 136, vn. 567; P. COLSON, "Réparation en nature et préjudice corporel: faux ennemis?" in *Le dommage corporel et sa réparation,* Limal, Anthemis, 2019, 125-126, nr. 60; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 849.
165. Bv. Cass. 10 november 2017, C.15.0318.F, *RW* 2018-19, 786.
166. Cass. 23 februari 1928, *Pas.* 1928, 85.
167. O.m. Cass. 11 april 1986, *Arr.Cass*. 1985-86, 1091, *JT* 1987, 163, *Pas.* 1986, 986, *RCJB* 1990, 79, noot L. CORNELIS, *RW* 1986-87, 1963; Cass. 23 oktober 1987, *Arr.Cass*. 1987-88, 228, *RW* 1987-88, 949, *Res Jur.Imm*. 1989, 261 en *Pas.* 1988, 212; Cass. 4 februari 2010, *Pas.* 2010, 376, *TBO* 2011, 25, *Arr. Cass.* 2010, 363, *RW* 2010-11, 1474 en 1694 en *TBH* 2010, 498.
168. Bv. Brussel (20e k.) 11 februari 2019, *TBO* 2019, 388, noot S. DE REY en B. VERKEMPINCK; Bergen 27 september 2011, *T.Verz.* 2012, 267; Gent 8 maart 2004, *TBH* 2005, 59, noot R. STEENNOT; Luik 28 maart 1991, *JLMB* 1992, 77.
169. Cass. 24 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1101, *RW* 1977-78, 775, *Pas.* 1977, 1087; Cass. 9 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1223, *Bull.* 1986, 1100, *Pas.* 1986, 1100, *JT* 1987, 162, *RW* 1986-87, 2699 en *TBH* 1987, 413; Cass. 7 november 1988, *Arr.Cass.* 1988-89, 269, *Pas.* 1989, 243; Cass. 20 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-'92, 375, *Pas.* 1992, 371, *RW* 1992-93, 1372; Cass. 19 maart 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 701, *Pas.* 1992, 655, *RW* 1992-93, 752; Cass. 5 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 259, *Pas.* 1993, I, 251; Cass. 2 september 2004, C.01.0186.F, *Arr.Cass.* 2004, 1271, concl. HENKENS, *Pas.* 2004, 1217, concl., *JT* 2004, 684, noot B. DE CONINCK, *JLMB* 2004, 1320, noot D. PHILIPPE, *NJW* 2004, 953, noot, *RABG* 2005, concl., noot N. CLIJMANS, *RGAR* 2005, nr. 13.946, concl., noot B. DE CONINCK en V. CALLEWAERT en noot G. CLOSSET-MARCHAL en J. VAN DROOGHENBROECK, *Rev. not.b.* 2004, 471, noot D. STERCKX, *RW* 2004-05, 535, noot K. CHRISTIAENS en B. WILMS, *T.Not.* 2004, 711, C. DE BUSSCHERE, *T.Strafr.* 2004, 461, *T. Verz.* 2005, 356, noot H. DE RODE en J. GEORGE.
170. Cass. 3 mei 1957, *Arr.Cass.* 1957, 734, *Pas.* 1957, I, 15.
171. Cass. 14 oktober 1985, *RCJB* 1988, 341, noot M. VAN QUICKENBORNE, *Arr. Cass*. 1985-86, 179, *JT* 1986, 600, *Pas.* 1986, 155, *RGAR* 1987, 11.217 en *Turnh.Rechtsl.* 1987, 150.
172. Treffend bv. Cass. 19 maart 2015, C.14.0445.F, *Arr.Cass.* 2015, 796, *Pas.* 2015, 784 en *RGAR* 2016, nr. 15.252.
173. B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief,* Brugge, die Keure, 2017, 43 e.v. Zie ook I. DURANT, "La réparation dite intégrale du dommage. Rapport belge" in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé,* Brussel/Parijs, Bruylant/LGDJ, 2015, 441 e.v.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

Boek 5 herneemt dit in artikel 5.86: *"De schuldeiser kan het integrale herstel van zijn schade eisen, in natura of in geld (…)"*. Misschien wat verrassend wordt de voorzienbaarheidsgrens uit artikel 1150 oud BW, anders dan de tweede begrenzing uit artikel 1151 oud BW, in het Wetsvoorstel gekopieerd (art. 5.87). Alleszins heeft de hervorming niet de bedoeling de geldende interpretatie van artikel 1150 oud BW te wijzigen.[174]

2° Vergoeding van positief contractsbelang

31. Principe – De laatste jaren heeft het Hof van Cassatie er regelmatig aan herinnerd dat de omvang van de vergoedingsplicht wegens wanprestatie af te stemmen is op de hypothetische toestand van contractnakoming. De terminologie die het Hof van Cassatie in dit verband hanteert is niet eenvormig, maar over de achterliggende idee kan geen twijfel bestaan. Volgens het Hof van Cassatie strekt de vergoedingsplicht wegens wanprestatie ertoe de schuldeiser *"te plaatsen"*[175], *"terug te plaatsen"*[176] of *"te herstellen"*[177], *"in de toestand waarin hij zich zou hebben bevonden indien de schuldenaar zijn verbintenis zou zijn nagekomen"*[178], *"alsof er geen wanprestatie was geweest"*[179], of nog, *"alsof er geen wanprestatie was opgetreden"*.[180] Dit staat bekend als de vergoeding van het zogenaamd 'positief belang' (*l'intérêt positif* of *performance interest*).[181] Het hierboven toegelichte cassatiearrest van 3 oktober 2019 (*supra* nr. 26) onderschrijft dit in de volgende woorden: *"de vergoedingsplicht strekt ertoe de schuldeiser terug te plaatsen in de toestand waarin hij zich zou hebben bevonden, mocht de wanprestatie niet hebben plaatsgevonden"*.[182] In een cassatiearrest van 4 december 2020 is de bevestiging ervan uitgedrukt als volgt: *"De schadevergoeding wegens contractuele wanprestatie heeft tot doel de schuldeiser te plaatsen in de toestand waarin hij zich zou hebben bevonden indien de schuldenaar zijn verbintenis zou zijn nagekomen"*.[183]

In werkelijkheid gaat het er echter niet om de schuldeiser *terug* te plaatsen in een toestand vóór de wanprestatie of de toestand te *herstellen* alsof er geen wanprestatie was geweest. Anders dan uitvoering in natura, kan een vergoeding wegens wanprestatie daar nooit helemaal in slagen. Ten aanzien van de hypothetische toestand van contractnakoming, verschaft een schadeloosstelling wegens wanprestatie slechts een compensatie, een "*pis-aller*"[184], een "*à peu près*"[185] van wat uitvoering in natura had opgeleverd. In tegenstelling tot uitvoering in natura heeft de vergoeding wegens wanprestatie dus geen satisfactoir, maar 'slechts' een compensatoir karakter.[186] Het is dus nauwkeuriger om te zeggen dat de vergoedingsplicht wegens wanprestatie ertoe strekt de schuldeiser *zo goed als mogelijk* te verplaatsen in de hypothetische toestand waarin hij zich zou hebben bevonden mocht de wanprestatie niet hebben plaatsgevonden, ofwel positief geformuleerd, in de hypothetische toestand indien het contract was nagekomen.[187]

32. Geen grotere last opleggen dan vergoeding van positief belang (Cass. 3 oktober 2019) – De vergoeding van contractuele schade is beperkt tot de vergoeding van het positief belang; niets minder, maar ook niets meer. Zo eenvoudig als het uitgangspunt klinkt, zo complex blijkt de toepassing ervan te zijn. Zo benadrukt het Hof van Cassatie in een arrest gewezen op 3 oktober 2019 dat de vergoedingsplicht wegens wanprestatie aan de schuldenaar geen grotere last mag opleggen dan de vergoeding van het positief belang.

De feiten die tot dit cassatiearrest aanleiding hebben gegeven kwamen hoger al aan bod, omdat het Hof van Cassatie zich in hetzelfde arrest uitspreekt over de toelaatbaarheid van herstel in natura (*supra* nr. 26). *In casu* ging het om de miskenning van een *informatie- een waarschuwingsplicht*. Electrabel had een van haar klanten onvoldoende gewaarschuwd over een hangende procedure voor het Grondwettelijk Hof. Die betrof de retroactieve vernietiging van een vrijstelling tot betaling van distributietarieven. Wanneer het Grondwettelijk Hof deze vrijstelling inderdaad vernietigt en Electrabel in navolging daarvan de retroactieve betaling vordert van deze distributietarieven, oordelen de appelrechters dat de klant, wegens deze contractuele fout van Electrabel, bij wijze van herstel in natura moet worden vrijgesteld van de betaling van de retroactief gevorderde injectietarieven. Het is op dit punt dat het cassatiearrest van 3 oktober 2019 het bestreden arrest verbreekt. De invulling die de appelrechters aan het herstel in natura geven plaatste de klant immers in een betere toestand dan de toestand waarin de klant zich zou hebben bevonden wanneer Electrabel haar informatie- en

174. *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 96.
175. Bv. Cass. 28 september 1995, C.93.361.N, *RW* 1995-96, 924, noot; Cass. 13 oktober 2011, C.10.0642.N, *Arr.Cass.* 2011, 2096, *Pas.* 2011, 2237 en *RPS* 2011, 444, concl.
176. Bv. Cass. 3 oktober 2019, C.17.0621.N, *TBBR* 2020, 84, noot S. DE REY en *RW* 2020-21, 136, noot S. DE REY.
177. Bv. Cass. 1 maart 2012, C.10.0425.N, *Arr.Cass.* 2012, 489, *Pas.* 2012, 463, *JT* 2012, 462, noot J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *RABG* 2012, 748, noot J. VAN DONINCK en *RW* 2013-14, 19; Cass. 24 april 2014, C.13.0328.N, *Arr. Cass.* 2014, 1009, *RGAR* 2015, nr. 15.141 en *TBO* 2014, 320.
178. Bv. Cass. 26 januari 2007, C.06.0232.N, *Arr.Cass.* 2007, 228, *Pas.* 2007, 193 en *RW* 2009-10, 1468, noot; Cass. 26 januari 2007, C.05.0374.N, *Arr. Cass.* 2007, 216, *Pas.* 2007, 183, *TBBR* 2009, 45 en *TBO* 2008, 8.
179. Bv. Cass. 24 april 2014, C.13.0328.N, *Arr.Cass.* 2014, 1009, *RGAR* 2015, nr. 15.141 en *TBO* 2014, 320.
180. Bv. Cass. 1 maart 2012, C.10.0425.N, *Arr.Cass.* 2012, 489, *Pas.* 2012, 463, *JT* 2012, 462, noot J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *RABG* 2012, 748, noot J. VAN DONINCK en *RW* 2013-14, 19.
181. Uitvoerig: B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief,* Brugge, die Keure, 2017, 102-104.
182. Cass. 3 oktober 2019, C.17.0621.N, *TBBR* 2020, 84, noot S. DE REY en *RW* 2020-21, 136, noot S. DE REY.
183. Cass. 4 december 2020, C.19.0342.N, *RW* 2020-21, 1424, noot, *TBH* 2021 (samenvatting), 94 en *TRV-RPS* 2021, 511, noot O. ROODHOOFT.
184. P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 595.
185. M.È. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation,* Parijs, LGDJ, 1974, 267.
186. S. DE REY, *Herstel in natura,* Brugge, die Keure, 2019, nr. 34.
187. S. DE REY, "Uitvoering in natura en uitvoering bij equivalent", *Comm.Bijz. Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 92 en de verwijzingen aldaar.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

waarschuwingsplicht *niet* had miskend. Anders gezegd, dit vermeende herstel in natura ging verder dan de vergoeding van het positief belang. Het Hof van Cassatie overweegt als volgt:

"De vergoedingsplicht strekt ertoe de schuldeiser terug te plaatsen in de toestand waarin hij zich zou hebben bevonden, mocht de wanprestatie niet hebben plaatsgevonden. Het herstel in natura mag aan de schuldenaar geen grotere last opleggen.

(…)

De appelrechters die op deze gronden de eiseres veroordelen tot terugbetaling van de injectietarieven als herstel in natura wegens schending van haar informatie- en waarschuwingsplicht, zonder na te gaan of de tarieven verschuldigd waren door de verweerster indien de voormelde verplichting wel was nageleefd, verantwoorden hun beslissing niet naar recht."

Of de vergoedingsplicht wegens wanprestatie nu de vorm aanneemt van schadevergoeding of herstel in natura, deze vergoeding mag *enkel* het positief belang vergoeden: niets minder, maar ook niets meer. De feitenrechter behoort derhalve steeds na te gaan of de toegekende vergoeding wegens wanprestatie de schuldenaar niet in een betere positie plaatst dan wanneer de schuldenaar zijn contractuele verbintenissen was nagekomen.

3° Persoonlijke schade

33. Geen toekenning van vergoeding die persoonlijke schade te boven gaat (Cass. 4 december 2020) – Opdat de schade vergoedbaar zou zijn, moet zij persoonlijk zijn.[188] Het is vereist dat de schuldeiser de schade waarvoor hij vergoeding vordert persoonlijk heeft geleden of in de rechten is getreden van diegene die de schade heeft geleden.[189] In een arrest van 4 december 2020 past het Hof van Cassatie deze regel toe op de vergoeding van contractuele schade.[190] Dit arrest sluit aan bij het cassatiearrest van 3 oktober 2019 (*supra* nr. 32), omdat voor beide arresten in het arrest *a quo* een vergoeding werd toegekend die het positief belang te boven ging. In het arrest van 4 december 2020 moest het Hof van Cassatie zich uitspreken over een schadevergoeding verschuldigd aan een koper van aandelen omdat de verklaringen en waarborgen die de verkoper in het koopcontract had gegeven, naderhand onjuist bleken.

De feiten die aanleiding gaven tot dit cassatiearrest zijn samen te vatten als volgt. De zaak betrof een *verkoop van aandelen* van twee doelvennootschappen na een *due diligence* die beperkt gebleven was tot het nazicht van enkele basisdocumenten. Bij de overeenkomst tot overdracht van de aandelen hadden de verkopers onder meer verklaard en gewaarborgd dat (i) alle facturen uitgeschreven door de doelvennootschapen betaald waren of uiterlijk zes maanden na de vervaldatum van de facturen betaald zouden worden; en dat (ii) de boekhouding en jaarrekening van de doelvennootschappen conform de wetgeving waren opgesteld en overeenstemden met de werkelijke financiële situatie. Deze verklaringen bleken uiteindelijk onjuist. Ten eerste werden een aantal facturen niet voldaan, samen ten bedrage van 368 459,86 EUR. Ten tweede bleek in het actief van de referentiebalans een waarborg van 34 633,37 EUR opgenomen die al bij de aandelenoverdracht oninbaar was wegens het faillissement van de waarborgsteller. De koper vorderde hiervoor schadevergoeding wegens wanprestatie. Het hof van beroep willigde deze vordering in en kende de koper een schadevergoeding toe die exact overeenstemt met het volledige bedrag van de onbetaalde facturen (368 459,86 EUR) en de niet-afdwingbare waarborg (34 633,37 EUR). Met succes tekende de verkoper hiertegen cassatieberoep aan. Terecht vernietigt het Hof van Cassatie de beslissing op grond van de volgende overwegingen:

"De rechter moet de schade die de schuldeiser geleden heeft ten gevolge van de niet-nakoming van de verbintenis in concreto ramen.

De schadevergoeding omvat enkel wat het noodzakelijk gevolg is van de niet-uitvoering van de overeenkomst.

De schadevergoeding wegens contractuele wanprestatie heeft tot doel de schuldeiser te plaatsen in de toestand waarin hij zich zou hebben bevonden indien de schuldenaar zijn verbintenis zou zijn nagekomen.

Een contractuele schuldeiser kan enkel opkomen ter vergoeding van de schade die hij zelf heeft geleden. Bijgevolg kan een aandeelhouder wegens wanprestatie van een door hem gesloten contract enkel opkomen voor de persoonlijke schade en niet voor de schade die de vennootschap treft.

(…)

De appelrechter die oordeelt dat de eerste verweerster recht heeft op een schadevergoeding tot beloop van (…) het totaalbedrag van de onbetaalde facturen (…) en oninbare waarborgsom, zonder na te gaan of de onjuiste voorstelling van zaken heeft geleid tot een overeenkomstig waardeverlies van de aandelen van de eerste verweerster, en dus zonder na te gaan of de schadevergoeding de persoonlijke schade van de eerste verweerster niet te boven gaat, schendt artikel 1149 Burgerlijk Wetboek."

Ten eerste bevestigt dit arrest dat de koper van aandelen op basis van het contract tot overdracht van de

188. I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 836; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 555. Over schade uit onrechtmatige daad, zie o.m. Cass. 25 mei 2012, C.11.0494.F, *Arr.Cass.* 2012, 1432 en *Pas.* 2012, 1201; Cass. 16 februari, P.10.1232.F, *Arr.Cass.* 2011, 524, concl. D. VANDERMEERSCH, *Pas.* 2011, 529 en *RGAR* 2012, nr. 14.814; Cass. 6 januari 2010, P.09.1152.F, *Arr.Cass.* 2010, 19, *Pas.* 2010, 20, *RGAR* 2010, nr. 14.634 en *VAV* 2010, 146, noot J. MUYLDERMANS. Zie bv. ook C. DELFORGE, M. DEFOSSE e.a., "Chronique de jurisprudence (2015 à 2016). La responsabilité aquilienne", *RCJB* 2019, (455) nr. 269.
189. E. DIRIX, *Het begrip schade,* Antwerpen, Maklu, 1984, nr. 135.
190. Cass. 4 december 2020, C.19.0342.N, *RW* 2020-21, 1424, noot, *TBH* 2021 (samenvatting), 94 en *TRV-RPS* 2021, 511, noot O. ROODHOOFT.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

aandelen enkel vergoeding wegens wanprestatie kan vorderen voor de schade die hij *persoonlijk* lijdt. Hij kan geen aanspraak maken op vergoeding voor schade die de vennootschap treft en dus op alle aandeelhouders weerkaatst. In wezen bevestigt het Hof van Cassatie hier het algemeen principe dat aandeelhouders geen vorderingsrecht hebben voor zogenaamde 'afgeleide schade'.[191] *In casu* vormde de overwaardering van het actief van de doelvennootschappen echter (nog) geen directe schade van de vennootschap: deze overwaardering in de referentiebalans impliceerde namelijk niet noodzakelijk dat het actief van de vennootschap ook daadwerkelijk verminderd was.[192] De verkoper beging de wanprestatie ten aanzien van de koper (de nieuwe aandeelhouder) en niet ten aanzien van de doelvennootschappen.

Ten tweede verduidelijkt dit arrest voor contracten tot verkoop van aandelen hoe het te *vergoeden positief belang* te bepalen is wanneer de wanprestatie bestaat uit een *inbreuk op de verklaringen en waarborgen* door de verkoper.[193] De toegekende vergoeding mag het positief belang namelijk niet te boven gaan. Het arrest *a quo* was daaraan voorbijgegaan. Daarin was het totaalbedrag van de onbetaalde facturen en de oninbare waarborgsom een-op-een met de schade van de koper gelijkgesteld. Het cassatiearrest maakt echter duidelijk dat de schade van de koper van aandelen, bij gebrek aan contractuele regeling, niet zonder meer begroot kan worden door deze gelijk te stellen met de overwaardering in de referentiebalans.[194] De feitenrechter moet de persoonlijke schade van de koper *in concreto* begroten door na te gaan wat de impact is van de inbreuk op de verklaringen en waarborgen op de waarde van zijn aandelen. Concreet moet hij hiervoor nagaan wat het verschil is tussen (i) de waarde van de aandelen in de huidige toestand en (ii) de hypothetische waarde van de aandelen indien de verkoper de verklaringen en waarborgen niet had miskend. Alleen dit maakt persoonlijke schade uit die de koper wegens wanprestatie op de verkoper kan verhalen. In de praktijk is het echter geen sinecure om het waardeverlies van de aandelen ten gevolge van de inbreuk op de verklaringen en waarborgen vast te stellen. Anders dan in de zaak die aan het cassatiearrest ten grondslag ligt, voorzien partijen daarom vaak in een contractuele regeling.[195]

4° Zekere schade

34. Enkel vergoeding van zekere schade wegens wanprestatie (Cass. 12 oktober 2020) – Schade komt slechts voor vergoeding in aanmerking wanneer zij zeker is.[196] Volgens het Hof van Cassatie houdt dit in dat het bestaan ervan niet hypothetisch mag zijn.[197] Absolute of wetenschappelijke zekerheid is niet vereist. Voldoende is dat de schade in die mate waarschijnlijk is dat de rechter redelijkerwijs niet ernstig aan het tegendeel hoeft te denken, ook al is dit theoretisch mogelijk.[198] De vaststelling van het bestaan en de omvang van de schade behoort tot het onaantastbaar feitelijk oordeel van de feitenrechter.[199] Hij bepaalt in feite het bestaan en de omvang van de schade, alsook het bedrag van de vergoeding die deze schade volledig vergoedt.[200] Ook het zeker karakter van de schade is een feitelijke notie die wordt overgelaten aan de appreciatie van de feitenrechter.[201] Schade is niettemin een rechtsbegrip. De vraag *of* schade bestaat, blijft dus een rechtsvraag.[202] De interpretatie ervan is onderworpen

191. Zie al Cass. 23 februari 2012, C.11.0459.N, *Arr.Cass.* 2012, 459, *Pas.* 2012, 431, *RW* 2011-12, 1658, noot F. PARREIN, *TBH* 2013, 875, noot D. WILLERMAIN en *TRV* 2012, 319, noot J. VANANROYE. Zie ook Cass. 10 mei 2019, C.17.039.N, *JDSC* 2020, 3, *TBH* 2019, 1271, noot R. VERHEYDEN en *TRV-RPS* 2019, 776, noot J. VAN EETVELDE. Hierover o.m. J. VANANROYE, "Strictly personal, not business: contractuele schade in de vennootschapssfeer" in *Liber amicorum Luc Weyts,* Brussel, Larcier, 2011, 617 e.v.; I. BOONE en B. WYLLEMAN, "De vergoeding van afgeleide schade in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht" in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2011, (197) 250, nrs. 101 e.v.
192. O. ROODHOOFT, "Eén plus één is niet altijd twee – Hof van Cassatie over schadebegroting bij post-acquisitiegeschillen" (noot onder Cass. 4 december 2020), *TRV-RPS* 2021, (513) 515.
193. Zonder hier verder op in te gaan of hierover standpunt in te nemen, is te signaleren dat de kwalificatie van de inbreuk op verklaringen en waarborgen als contractuele wanprestatie bewist is, in die zin dat een strekking conceptueel liever spreekt over 'vrijwaring' dan over 'vergoeding wegens wanprestatie', zie m.n. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction,* Brussel, Larcier, 2009, 407; M. MONARD, "Vrijwaring en procedure voor vergoeding bij overdracht van aandelen" in G.L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN en A.L. VERBEKE (eds.), *Koop- en aandelen* in *Contractuele clausules,* Antwerpen, Intersentia, 2016, (243) 246.
194. Zie ook al B. BELLEN, *Share purchase agreement. Belgian law and practices,* Cambridge, Intersentia, 2016, 212; A. COIBION, "Quelques réflexions sur les garanties conventionnelles en matière de cession d'actions et sur l'influence de la pratique anglaise" (noot onder Brussel 17 mei 2001), *TBH* 2003, (864) 877; D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction,* Brussel, Larcier, 2009, 204; P.-O. MAHIEU, "La réparation du dommage dans les appels à la garantie liés aux cessions d'entreprises" in *Liber amicorum Michel Mahieu,* Brussel, Larcier, 2008, (265) 275-276.
195. Hierover o.m. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction,* Brussel, Larcier, 2009, 207-215; M. MONARD, "Vrijwaring en procedure voor vergoeding bij overdracht van aandelen" in G.L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN en A.L. VERBEKE (eds.), *Koop- en aandelen* in *Contractuele clausules,* Antwerpen, Intersentia, 2016, 243 e.v.; K. RENIERS, *Gemeenrechtelijke beschermingsmechanismen bij de koop-verkoop van aandelen,* Antwerpen, Intersentia, 2017, 407 e.v.
196. Bv. E. DIRIX, *Het begrip schade,* Antwerpen, Maklu, 1984, nr. 112; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief* in *Recht & Onderneming,* nr. 49, Brugge, die Keure, 2017, nrs. 528 en 2171; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 836; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 555.
197. Specifiek over contractuele schade, zie Cass. 16 oktober 2017, C.16.0189.F, concl. J. GENICOT, *JLMB* 2019, 218, *RGAR* 2018, nr. 15.522 en *RW* 2018-19, 110.
198. Zie o.m. B. KOHL, "Moment de l'évaluation et variation du dommage" in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle,* Parijs/Brussel, LGDJ/Bruylant, 2015, 397-398, nr. 31; G. JOCQUE, "Tijdsverloop en schadevergoeding", *TPR* 2016, (1375) 1410, nr. 39.
199. Over schade uit onrechtmatige daad, zie o.m. Cass. 3 februari 2010, P.08.1771, *Arr.Cass.* 2010, 333, *Pas.* 2010, 351, *JT* 2010, 254 en *RGAR* 2010, nr. 14.648; Cass. 26 oktober 2005, P.04.1258.F, *Arr.Cass.* 2005, 2045, *Pas.* 2005, 2044 en *RGAR* 2007, nr. 14.245; Cass. 6 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1231 en *R.Cass.* 2000, 251, noot J. PETIT.
200. Over schade uit onrechtmatige daad, zie o.m. Cass. 2 maart 2016, P.15.0929.F, *JT* 2017, 400, noot F. GLANSDORFF, *RGAR* 2016, nr. 15.336 en *RW* 2018-19, 22; Cass. 13 november 2002, P.02.0966, *Arr.Cass.* 2002, 2466, *Pas.* 2002, 2165, *RW* 2005-06, 1237 en *RGAR* 2004, nr. 13.929, noot; Cass. 18 december 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1597; Cass. 15 september 1999, P.99.1184.F, *Arr.Cass.* 1999, 1110; Cass. 13 januari 1999, P.98.0732.F, *Arr. Cass.* 1999, 40 en *Bull.* 1999, 42; Cass. 23 september 1997, P.96.0526.N, *Arr. Cass.* 1997, 847, *Bull.* 1997, 890, *Pas.* 1997, 890 en *Verkeersrecht* 1998, 48.
201. Cass. 14 oktober 2020, *JT* 2021, 73, noot O. MICHIELS en *RGAR* 2020, nr. 15.725.
202. E. DIRIX, *Het begrip schade,* Antwerpen, Maklu, 1984, nr. 6.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

aan het toezicht van het Hof van Cassatie, dat nagaat of de feiten die de bodemrechter heeft vastgesteld de gevolgtrekkingen verantwoorden die hij in rechte eruit afleidt.[203] Zo controleert het Hof van Cassatie of de bodemrechter geen vergoeding toekent voor niet geleden schade.[204]

Veelal worden deze principes in herinnering gebracht voor schadeloosstelling wegens buitencontractuele aansprakelijkheid. In een arrest van 12 oktober 2020 past het Hof van Cassatie deze principes toe op de schadeloosstelling wegens contractuele aansprakelijkheid.[205] *In casu* had een Franstalige universiteit een professor veertien jaar vóór zijn pensioenleeftijd ontslagen. Wegens de schending van een stabiliteitsclausule eigen aan het statuut van de professor die definitief benoemd was, bleek het ontslag evenwel onrechtmatig. Bij wijze van schadevergoeding voor de schade veroorzaakt door het ontslag in strijd met de stabiliteitsclausule, veroordeelden de appelrechters de universiteit, bij gebrek aan re-integratie van de professor binnen de vijftien dagen, tot betaling van de brutosom van 1 333 628 EUR. Dit bedrag stemde overeen met het toekomstig inkomstenverlies van de professor tot aan zijn gerechtigde pensioenleeftijd. Met succes tekende de universiteit cassatieberoep aan. Het Hof van Cassatie overweegt als volgt:
"Le juge du fond apprécie en fait l'existence du dommage causé par une faute contractuelle. Il appartient cependant à la Cour de vérifier si, de ses constatations, le juge a légalement déduit l'existence du dommage.
Le dommage doit être certain.
L'arrêt condamne la demanderesse à payer au défendeur 'des dommages et intérêts [en] réparation du préjudice' causé par son licenciement effectué en 'violation [de la] garantie [contractuelle de stabilité d'emploi conférée par le statut résultant de sa] nomination à titre définitif […] en tant que professeur'.
Il évalue ces dommages et intérêts au 'montant correspondant à la rémunération [que le défendeur] aurait perçue jusqu'à l'âge légal de sa retraite, […] d'ici quatorze ans', qui répare, outre la perte actuelle de la rémunération, une perte future, qu'il considère comme étant 'certaine' au motif que le défendeur 'ne percevra pas davantage de rémunération [pendant ces] quatorze ans s'il n'est pas réintégré'.
L'arrêt n'a pu déduire de la constatation que la demanderesse a licencié le défendeur quatorze ans avant l'âge de la retraite que, sauf à être réintégré, celui-ci serait certainement dénué de rémunération pendant cette période tout entière.
Le moyen, en cette branche, est fondé."

Dit arrest is gewezen op eensluidende conclusie van advocaat-generaal H. Vanderlinden. Daarin benadrukte de advocaat-generaal dat de stabiliteitsclausule alleen bedoeld is om de continuïteit van de aangeboden aanstelling te garanderen.[206] Zij waarborgt de continuïteit van de daaraan verbonden verloning slechts onder de voorwaarde dat de overeenkomstige prestaties aantoonbaar blijven bestaan. De voortzetting van deze prestaties hangt echter af van een aantal omstandigheden waarop de werkgever geen invloed heeft, met name die welke verband houden met de wensen van de werknemer, zijn leeftijd, zijn kwalificatieniveau, de overeenkomstige arbeidsmarkt, andere mogelijke werkaanbiedingen of de resterende werktijd. Bijgevolg moest de onrechtmatige beëindiging van het contract met een stabiliteitsclausule niet *ipso facto* tot gevolg hebben dat, zonder voorafgaand onderzoek van deze concrete omstandigheden, een vergoeding werd toegekend die overeenkomt met de volledige bezoldiging die tot het voorzienbare einde van de dienstbetrekking op grond van het statuut had moeten worden betaald. De rechter ten gronde had deze feitelijke omstandigheden moeten onderzoeken en de mate van zekerheid van de voortzetting van de prestaties tot het einde van de dienstbetrekking moeten beoordelen, alvorens een schadevergoeding vast te stellen die gelijk is aan het verlies van alle bezoldigingen tot het einde van de dienstbetrekking.[207] Het arrest illustreert het belang om de schade met voldoende zekerheid vast te stellen.

5° Zaakschade

35. Geen aftrek wegens vetusteit, maar vergoeding van nieuwwaarde (Cass. 17 september 2020) – Op grond van artikel 1149 oud BW zijn verschillende schadeposten vergoedbaar. Daaronder valt ook het geleden verlies. Op basis van het te vergoeden positief belang (*supra* nr. 31), omvat dit in principe elke afname van het vermogen van de schuldeiser die niet zou hebben bestaan indien het contract was nagekomen. Uiteraard kan dit geleden verlies ook bestaan uit schade aan zaken. Denk aan de beschadiging door de huurder van een huurgoed of de wanprestatie van een aannemer waardoor een bouwwerk instort.

Zaakschade wegens contractuele aansprakelijkheid geeft meestal aanleiding tot een herstellings- of vervangvergoeding. In het licht van het te vergoeden positief belang, verschaft dit de schuldeiser een vergoeding die overeenstemt met de kosten om de zaak zo veel als mogelijk in overeenstemming te (laten) brengen met

203. Over schade uit onrechtmatige daad, zie o.m. Cass. 26 oktober 2005, P.04.1258.F, *Arr.Cass.* 2005, 2045, *Pas.* 2005, 2044 en *RGAR* 2007, nr. 14.245; Cass. 26 januari 2005, *Arr.Cass.* 2005, 212 en *Pas.* 2005, 211; Cass. 4 maart 1999, *Arr.Cass.* 1999, 314, *RW* 2001-02, 1186 en *Verkeersrecht* 2000, 10.
204. Bv. Cass. 15 mei 2015, C.14.0269.N, *Arr.Cass.* 2015, 1227, *Pas.* 2015, 1199, *RGAR* 2016, nr. 15.254, *RW* 2016-17, 100, noot, *TBBR* 2019, 511, *TBH* 2015, 924 en *TBO* 2015, 266.
205. Cass. 12 oktober 2020, S.18.0069.F, concl. Adv. Gen. H. VANDERLINDEN, *JLMB* 2021, 200.
206. Zie hierover ook A. FRANKART, "Aménagement conventionnel du droit de licencier: la clause de stabilité d'emploi" in *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail – hommage à P. Blondiau,* Anthemis, 2008, 215 e.v.
207. Zie ook E. TIMBERMONT, "De rechtspositie van het onderwijspersoneel in de Vlaamse Gemeenschap: een aantal kanttekeningen bij de rechtsbescherming in het kader van de evaluatie- en tuchtprocedure en de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsrelatie in het vrij gesubsidieerd leerplichtonderwijs", *RW* 2020-21, 603 (die het arrest gunstig onthaalt, zie p. 623-624, nr. 43).

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

de toestand van correcte contractnakoming.[208] In principe is deze herstellingsvergoeding te begroten op basis van de kost die nodig is om de zaak te *herstellen in de staat waarin* zij zich bevonden zou hebben indien de wanprestatie niet had plaatsgevonden.[209] Soms is het evenwel onmogelijk om de zaak in deze toestand te herstellen, bijvoorbeeld omdat de herstelling het gebruik van nieuw(er) materiaal vereist. De vraag is dan of deze verbetering in rekening moet worden gebracht bij de begroting van de schadevergoeding die de herstellingskosten vergoedt? Dezelfde vraag rijst wanneer een zaak vernield of onherstelbaar beschadigd is en de vervanging van de zaak zich opdringt terwijl geen gelijkwaardige zaak in dezelfde staat kan worden aangekocht: moet de schadevergoeding dan de waarde van een nieuwe gelijkaardige zaak vergoeden, of de waarde die de gebruikte maar vernielde zaak gehad zou hebben zonder het schadegeval, wat meestal neerkomt op de waarde net vóór het schadegeval? Meestal wordt deze waarde net vóór het schadegeval begroot via een percentage van de nieuwwaarde, afhankelijk van de graad van vetusteit, ouderdom en slijtage. De verrekening van deze ouderdomscoëfficiënt staat bekend als een zogenaamde *vetusteitsaftrek.*[210] In een arrest van 17 september 2020 spreekt het Hof van Cassatie zich hierover uit.[211] Dit arrest, uitgesproken in voltallige zitting, verleent de schuldeiser, in de regel, aanspraak op *vergoeding van de nieuwwaarde* van de zaak, althans voor zover de vernielde of beschadigde zaak niet herstelbaar of vervangbaar is met andere (onderdelen van) zaken in een gelijkaardige (ouderdoms)staat.

In de onderliggende zaak voerde een aannemer graafwerken uit in het kader van de verbouwing en uitbreiding van een woning. Amper drie dagen later stortte het volledige gebouw in. De eigenaars van de woning vorderden hiervoor schadevergoeding. In kort geding verkregen zij de aanstelling van een gerechtelijk deskundige tot vaststelling van de schade. Hij kwam tot twee verschillende ramingen, afhankelijk van de vraag of de schade begroot moest worden volgens de waarde van de ingestorte muren net vóór het schadegeval, dan wel of de schade begroot moest worden volgens het bedrag dat nodig was om de ingestorte muren opnieuw te bouwen. In het eerste geval raamde hij de schade op 103 602,95 EUR, in het tweede geval op 146 537,42 EUR, telkens inclusief btw. De eigenaars streefden de hoogste van beide vergoedingen na. Zowel in eerste aanleg[212] als in hoger beroep[213], werden zij daarin niet gevolgd. Volgens de rechters ten gronde moest rekening worden gehouden met de ouderdomsstaat van de ingestorte muren, wat onder meer bleek uit de mettertijd verminderde stabiliteit van de funderingen. De feitenrechters meenden dat de eigenaars hierdoor geen aanspraak konden maken op het bedrag dat nodig was om de muren opnieuw op te bouwen, maar slechts op het bedrag gelijk aan de waarde van de muren net vóór het schadegeval. Op advies van de gerechtsdeskundige werd het bedrag dat nodig was om de muren opnieuw op te bouwen daarom verminderd met 44 %. Met succes tekenden de eigenaars van de ingestorte muren cassatieberoep aan. Het Hof van Cassatie vernietigt de bestreden beslissing op basis van de volgende overwegingen:

"Celui qui, par sa faute, a causé un dommage à autrui est tenu de le réparer et la victime a droit, en règle, à la réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi.
Celui dont la chose est endommagée par un acte illicite a droit à la reconstitution de son patrimoine par la remise de la chose dans l'état où elle se trouvait avant ledit acte.
En règle, la personne lésée peut, dès lors, réclamer le montant nécessaire pour faire réparer la chose, sans que ce montant puisse être diminué en raison de la vétusté de la chose endommagée.
(…)
L'arrêt, qui décide d'appliquer à 'l'ensemble des travaux de reconstruction' un coefficient de vétusté de 44 p.c. en sorte que l'indemnité de reconstruction allouée aux demandeurs est diminuée d'autant au motif 'qu'il doit être tenu compte de la précarité des fondations', viole le principe de la réparation intégrale du dommage.
Le moyen est fondé."

Het middel voerde een schending aan van onder meer artikelen 1149, 1150 en 1151 oud BW, maar ook van artikelen 1382 en 1383 oud BW. Het arrest is in algemene bewoordingen gewezen op basis van het burgerrechtelijk aansprakelijkheidsrecht zonder verwijzing naar een of meerdere van deze wetsbepalingen, zodat het toepassing vindt op alle vormen van zaakschade, zowel contractuele als buitencontractuele.[214] De impact van het arrest is groot. Voortaan maakt de

208. B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief* in *Recht & Onderneming,* nr. 49, Brugge, die Keure, 2017, 118, nr. 359; Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 582.
209. Bv. voor zaakschade in aanneming, zie Brussel (20e k.) 17 november 2015, *TBO* 2016, 69, overw. 10. Zie ook Brussel (20e k.) 24 december 2013, *TBO* 2014, 23. Hierover voor aanneming: G. BAERT, *Aanneming van werk* in *APR,* Antwerpen, E. Story-Scientia, 2001, 539, nr. 1638; A. DELVAUX, *Traité juridique des batisseurs,* I, Brussel, Bruylant, 1968, 683-684, nr. 446; M.-A. FLAMME en J. LEPAFFE, *Le contrat d'entreprise,* Brussel, Bruylant, 1966, 380, nr. 681; B. KOHL, *Contrat d'entreprise* in *RPDB,* Brussel, Bruylant, 2016, 1065-1066, nr. 434; A. VAN OEVELEN, *Aanneming van werk – lastgeving* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* Mechelen, Kluwer, 2017, 268, nr. 217.
210. Bv. R. BROEKMANS, "Het begrip vetusteit" (noot onder Corr. (18e k.) Hasselt 6 september 1990), *Limb.Rechtsl.* 1990, 221.
211. Cass. 17 september 2020, C.18.0294.F-C.18.0611.F, *For.ass.* 2020, afl. 209, 1, noot J.-L. FAGNART, *RW* 2020-21, 1183, noot S. DE REY, *RGAR* 2021, afl. 3, nr. 15.765, noot en *TBH* 2020, 939 (weergave).
212. Rb. Luik, afd. Hoei, 1 oktober 2015, onuitg.
213. Luik (20e d k.) 9 november 2017, AR 2016/RG/273 en 2016/RG/334, onuitg.
214. Zie o.m. S. DE REY, "Zaakschade: vergoeding van nieuwwaarde of aftrek wegens vetusteit? Het Hof van Cassatie gaat om" (noot onder Cass. 17 september 2020), *RW* 2020-21, (1183) nr. 10; G. JOCQUÉ en P. GILLAERTS, "Actualia schade en schadeloosstelling" in C. VAN SCHOUBROECK en I. SAMOY (eds.), *Themis Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht,* Cahier nr. 118, Brugge, die Keure, 2021, (33) nr. 46; O. VANDEN BERGHE, J. VANSEVENANT en C. DILLEMANS, "Actualité en bref. Droit commercial général", *TBH* 2020, 939. Passen dit bijvoorbeeld toe op huurschade: H. VYNCKE, "De vergoeding van huurschade, de renovatie en de verkopende verhuurder" (noot onder Cass. 8 maart 2021), *T.Vred.* 2021, (310) nr. 6; T. VANDROMME, "Commentaar bij art. 1732 oud BW", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, (169) 189.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

schadelijder, in de regel, aanspraak op schadevergoeding *zonder* aftrek wegens vetusteit, of, anders uitgedrukt, op vergoeding van de *nieuwwaarde* van de vernielde of beschadigde zaak. Let wel: dit geldt slechts in de mate dat de vernielde of beschadigde zaak niet herstelbaar of vervangbaar is met andere (onderdelen van) zaken in een gelijkaardige ouderdomsstaat.[215] In het arrest komt dit niet erg duidelijk tot uitdrukking, maar in de rechtsleer is dit wel het traditionele uitgangspunt. In principe is de schadevergoeding immers gelijk aan het bedrag dat nodig is om de zaak te kunnen doen herstellen in een gelijkaardige ouderdomsstaat, dan wel het bedrag dat nodig is om zich een gelijkaardige zaak aan te schaffen in een gelijkaardige ouderdomsstaat.

Dit arrest is zonder meer een principesarrest. Het is gewezen in *voltallige zitting* van de Eerste Kamer. Met de zaak die aanleiding gaf tot dit arrest, aanhangig gemaakt in het Frans, werd kennelijk een discrepantie in de rechtspraak van het hoogste rechtscollege gevreesd. Het arrest van 17 september 2020 gaat immers in tegen de rechtspraak van de Nederlandstalige sectie van de Eerste Kamer van het Hof van Cassatie.[216] In een arrest van 11 februari 2016 oordeelde deze sectie namelijk dat de vervangingswaarde van een vernielde zaak het bedrag is dat nodig is om zich een gelijkaardige zaak aan te schaffen.[217] Deze vervangingswaarde is volgens dit arrest gelijk aan de werkelijke waarde van de vernielde zaak. De Nederlandstalige sectie verleende de schuldeiser dus geen aanspraak op vergoeding van de nieuwwaarde, maar slechts op vergoeding van de waarde van de zaak net vóór het schadegeval. *In casu* had een overslaande brand de loods van een buur vernield. Het cassatiearrest had tot gevolg dat de schadelijder hiervoor geen schadevergoeding kon verkrijgen gelijk aan de wederopbouwkosten van de loods (nieuwwaarde), maar enkel ten belope van de waarde van de loods net vóór de brand (werkelijke waarde). In een arrest van 5 oktober 2018, opnieuw gewezen door de Nederlandstalige sectie van de Eerste Kamer, bevestigde het Hof van Cassatie deze rechtspraak, thans specifiek voor schade aan goederen behorend tot het openbaar domein.[218] In deze twee arresten sprak het Hof van Cassatie zich enkel uit over zaakschade wegens buitencontractuele aansprakelijkheid. In het licht van de tendens die ervoor pleit om de verschillen tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid tot het noodzakelijke minimum te beperken, leek het logisch om dezelfde principes toe te passen op zaakschade uit contractuele aansprakelijkheid.[219] Zo was er al feitenrechtspraak die met verwijzing naar deze cassatierechtspraak van de Nederlandstalige sectie oordeelde dat de wanprestatie van de aannemer waardoor brand ontstond tijdens de uitvoering van isolatiewerken, geen aanleiding kon geven tot vergoeding van de nieuwwaarde, maar slechts tot vergoeding van de werkelijke waarde net vóór het schadegeval.[220]

Het cassatiearrest van 17 september 2020 zal heel wat feitenrechters dwingen om hun rechtspraak te herzien. Voortaan geldt niet de vergoeding van de werkelijke waarde van de zaak net vóór het schadegeval als uitgangspunt, maar wel de vergoeding van de nieuwwaarde. Daarmee sluit het Hof van Cassatie, in voltallige kamer, zich aan bij de rechtsleer die kritiek had geuit op de rechtspraak van de Nederlandstalige sectie.[221] Deze bocht, die getuigt van een meer slachtoffervriendelijke rechtsopvatting, is geen bocht van 180 graden. Het arrest beslist dat "in de regel" een aanspraak op vergoeding van de nieuwwaarde bestaat. Dit voorbehoud zal cruciaal blijken, omdat het *uitzonderingen* op de vergoeding van de nieuwwaarde mogelijk maakt. Het laat de aansprakelijke toe om te ontsnappen aan de vergoeding van de nieuwwaarde. Het voorbehoud heeft de verdienste enigszins ruimte te laten voor genuanceerdere oplossingen en verdere verfijning, maar niet zelden zal het in de praktijk zoeken zijn naar een wankel evenwicht tussen de toepassing van de regel en de toepassing van de uitzondering. In de rechtsleer zijn

215. S. DE REY, "Zaakschade: vergoeding van nieuwwaarde of aftrek wegens vetusteit? Het Hof van Cassatie gaat om" (noot onder Cass. 17 september 2020), *RW* 2020-21, (1183) nr. 10.
216. Met dezelfde vaststelling, zie o.m. S. DE REY, "Zaakschade: vergoeding van nieuwwaarde of aftrek wegens vetusteit? Het Hof van Cassatie gaat om" (noot onder Cass. 17 september 2020), *RW* 2020-21, (1183) nr. 10; J.-L. FAGNART, "La pratique de la déduction pour vétusté enfin condamnée" (noot onder Cass. 17 september 2020), *For.ass.* 2020, (3) nrs. 22-23; G. JOCQUÉ en P. GILLAERTS, "Actualia schade en schadeloosstelling" in C. VAN SCHOUBROECK en I. SAMOY (eds.), *Themis Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht,* Cahier nr. 118, Brugge, die Keure, 2021, (33) nr. 44.
217. Cass. 11 februari 2016, C.15.0031.N, *NJW* 2016, 545, noot S. GUILLIAMS, *RGAR* 2018, nr. 15.466, *RW* 2016-17, 896, noot D. GRUYAERT, *TBBR* 2017, 183, noot S. DE REY, *TBO* 2016, 437, *T.Verz.* 2017, 190 en *VAV* 2016, 29.
218. Cass. 5 oktober 2018, C.18.0145.N, *Arr.Cass.* 2018, 1843, concl. Adv. Gen. R. MORTIER, *RGAR* 2019, nr. 15.570, noot Ph. GALAND, *RW* 2019-20, 579, noot en *VAV* 2018, 47, noot L. BREWAEYS.
219. S. DE REY, "Nieuw voor oud: het verbod op vetusteitsaftrek" (noot onder Cass. 11 februari 2016), *TBBR* 2017, (183) nr. 4.
220. Brussel (20e k.) 12 september 2017, *TBO* 2018, 46.
221. Zie o.m. S. DE REY, "Nieuw voor oud: het verbod op vetusteitsaftrek" (noot onder Cass. 11 februari 2016), *TBBR* 2017, 183 e.v.; P. GALAND, "De l'opportunité d'appliquer un critère de vétusté en matière de réparation d'un dommage aux choses" in R. ROBAYE (ed.), *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage,* Limal, Anthemis, 2017, (167) 183; M. MICHEL, "L'indemnisation des aménagements immobiliers dans le droit commun du dommage corporel" in B. DUBUISSON (ed.), *Le dommage corporel et sa réparation,* Luik, Anthemis, 2019, (9) nr. 51; V. NICAISE en N. ESTIENNE, "Actualités en matière de réparation du dommage" in A. CATALDO (ed.), *Actualités du tribunal de police,* Luik, Anthemis, 2019, (161) nr. 45. Ook vóór deze rechtspraak van de Nederlandstalige sectie werd door een strekking al de vergoeding van de nieuwwaarde verdedigd, zie in die zin o.m. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile* in *Les Novelles,* Droit civil, V, vol. II, Brussel, Larcier, 1962, nr. 3481; R.O. DALCQ en G. SCHAMPS, "La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle – Examen de jurisprudence (1987 à 1993)", *RCJB* 1995, (663) nr. 160; D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid. Schade en schadeloosstelling* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* Gent, Story-Scientia, 1999, nr. 159; J.-L. FAGNART, "Plus-value et moins-value à la suite de la réparation ou du remplacement d'une chose endommagée ou perdue", *For.ass.* 2013, (85) nr. 31; N. SIMAR en L. DE ZUTTER, "Le régime légal de l'évaluation du dommage" in J. FAGNART (ed.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique,* Waterloo, Kluwer, 2013, losbl., nrs. 14 en 20; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge,* II/2 in Coll. H. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 1130; N. ESTIENNE, "La réparation du dommage aux biens. Rapport belge" in B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle,* Brussel/Parijs, Bruylant/LGDJ, 2015, (969) nr. 26; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief* in *Recht & Onderneming,* nr. 49, Brugge, die Keure, 2017, nr. 468.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

verschillende criteria aangereikt om dit evenwicht te concretiseren.[222] Het belangrijkste aanknopingspunt hiervoor is wellicht het *evenredigheidscriterium*. Bij manifeste onevenredigheid tussen de nieuwwaarde en de waarde van de zaak net vóór het schadegeval, is het redelijk om een uitzondering te maken op de vergoeding van de nieuwwaarde en de schadelijder een deel van de herstellings- of vervangingskosten te laten dragen. Eigenlijk gaat het om een toepassing van het verbod op rechtsmisbruik, waarvan onder meer sprake is wanneer de uitoefening van een recht aan de titularis een voordeel biedt dat buiten verhouding staat tot het nadeel dat dit aan de ander berokkent. In die zin kan het algemeen verbod op rechtsmisbruik de aansprakelijke beschermen tegen een vordering tot vergoeding van een kennelijk onevenredige nieuwwaarde.[223] Hoewel het Hof van Cassatie in het arrest van 17 september 2020 om gaat en een nieuwe regel vooropstelt, kan deze regel derhalve niet absoluut gelden en is het wenselijk dat hierop uitzonderingen bestaan om aberrante uitkomsten te vermijden.

IV. Ontbinding

A. Keuzerecht

36. Sanctiekeuze in wederkerige contracten: gedwongen uitvoering of ontbinding – Bij wanprestatie in een wederkerig contract kan de schuldeiser kiezen tussen de gedwongen uitvoering (in natura of 'bij equivalent') en de ontbinding van het contract, eventueel met aanvullende schadevergoeding (art. 1184, tweede lid oud BW). Kiest de schuldeiser voor de voortzetting van het wederkerig contract, dan zal hij zelf ook bereid moeten zijn om desgevallend (nog) te presteren. Kiest hij daarentegen, in het licht van de ernst van de wanprestatie, voor de beëindiging van het contract, dan wordt de schuldeiser bevrijd uit de contractuele band.[224]

In beginsel komt het keuzerecht tussen uitvoering en ontbinding uitsluitend toe aan de schuldeiser. Noch de rechter, noch de schuldenaar kunnen hem een keuze opleggen.[225] De schuldeiser heeft bovendien een keuzeplicht want hij kan niet de voordelen van de uitvoering van het contract cumuleren met de voordelen van een volledige ontbinding.[226] Elke optie heeft immers een andere doelstelling: hetzij voortzetting, hetzij beëindiging van de contractuele relatie. De schuldeiser die de verdere uitvoering nastreeft, kan dus geen beroep doen op een schadebeding dat enkel ziet op een aanvullende schadevergoeding bij ontbinding.[227] Zo ook kan een verhuurder die de retroactieve ontbinding bekomt van de huur vanaf de contractsluiting geen betaling eisen van alle nog te vervallen huurgelden bij wijze van aanvullende schadevergoeding. Hij kan enkel een vergoeding eisen voor de zekere schade die hij lijdt wegens een periode van niet-verhuring. Heeft de ontbinding evenwel geen werking *ex tunc*, zoals doorgaans in duurcontracten, is een 'beperkte cumul' aanvaard. Zo kan de rechter die de ontbinding laat ingaan vanaf de datum van dagvaarding (d.i. een temporele partiële ontbinding), nog de uitvoering bevelen van prestaties die al opeisbaar waren vóór de dagvaarding (zoals achterstallige huurgelden).[228]

Artikel 5.83 Wetsvoorstel Boek 5 bevestigt deze uitgangspunten: bij een toerekenbare niet-nakoming van de schuldenaar, ligt de sanctiekeuze in de handen van de schuldeiser. Verder somt deze bepaling in een inleidend overzicht de mogelijke sancties op waarop hij aanspraak kan maken: uitvoering in natura, herstel van schade, ontbinding, prijsvermindering en opschorting. Artikel 5.83 verankert tevens de regel dat met elkaar onverenigbare sancties niet gecumuleerd kunnen worden. Deze regel doet uiteraard geen afbreuk aan de mogelijkheid voor de schuldeiser om in hoofdorde uitvoering *in natura* te eisen en in ondergeschikte orde de gerechtelijke ontbinding.

222. S. DE REY, "Zaakschade: vergoeding van nieuwwaarde of aftrek wegens vetusteit? Het Hof van Cassatie gaat om" (noot onder Cass. 17 september 2020), *RW* 2020-21, (1183) nrs. 12 e.v.
223. De evenredigheidstoets die in dit verband te hanteren is, is vergelijkbaar met de toets die de rechter doorvoert tot toekenning van een vergoeding van herstelkosten of minderwaarden in het aannemingscontentieux: in principe stemt die overeen met de herstelkost, tenzij deze kost kennelijk evenredig is met het voordeel voor de schuldeiser, zodat deze zich tevreden moet stellen met de vergoeding van de geleden minderwaarde (treffend, zie bv. Brussel (20e k.) 11 februari 2019, *TBO* 2019, 388, noot. Zie ook S. DE REY en B. VERKEMPINCK, "Wanprestaties in aanneming en vergoeding van herstelkosten of minderwaarden: kent u de principes nog?", *TBO* 2019, (370) nrs. 11 e.v.).
224. De ontbinding is immers niet alleen een sanctie lastens de tekortkomende schuldenaar, maar is ook een grond van tenietgaan en dus van bevrijding van de schuldeiser die vaststelt dat door de ernst van de wanprestatie het economisch nut van het contract is aangetast of dat hij zijn vertrouwen in een goede afloop onherstelbaar is verloren: S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 7-8; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nrs. 354 en 374-378; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, 2019, nr. 717; V. WITHOFS, "Het cumulverbod tussen ontbinding van de overeenkomst en gedwongen uitvoering" in S. DE REY, N. VAN DAMME en T. GLADINEZ (eds.), *Grenzen voorbij. Liber discipulorum Bernard Tilleman*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (107) 109-110; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier 2021, nr. 660.
225. Cass. 30 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 270, *Pas.* 2003, 227, *RW* 2005-06, 1219, *TBBR* 2004, 405 en *JLMB* 2004, 672; Cass. 22 mei 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1105 en *Pas.* 1981, 1267; Cass. 5 september 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 12, *Pas.* 1981, 17 en *RW* 1980-81, 1323 met concl. Adv. Gen. BALLET; Cass. 21 november 1974, *Arr.Cass.* 1975, 350 en *Pas.* 1975, 322.
226. Zie over het cumulverbod: S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 262; S. STIJNS, "Het keuzerecht van de schuldeiser tussen de gedwongen uitvoering en de gerechtelijke ontbinding van de overeenkomst: mogelijkheden en moeilijkheden" (noot onder Cass. 15 april 1994), *R.Cass*. 1994, 230-237; P. WÉRY, "L'agencement des sanctions dans le contentieux de l'inexécution contractuelle" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract,* Brugge, die Keure, 2014, (429) 449, nr. 29; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, 2019, nr. 714; V. WITHOFS, "Het cumulverbod tussen ontbinding van de overeenkomst en gedwongen uitvoering" in S. DE REY, N. VAN DAMME en T. GLADINEZ (eds.), *Grenzen voorbij. Liber discipulorum Bernard Tilleman*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (107) 115-116; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier 2021, nr. 670.
227. M. SERVAIS, "Kunnen de ontbinding van de overeenkomst en de betaling van een schadebeding tegelijkertijd worden gevorderd?" (noot onder Cass. 30 november 2017 en Brussel 11 oktober 2016), *TBBR* 2019, 78-87.
228. P. WÉRY, "L'agencement des sanctions dans le contentieux de l'inexécution contractuelle" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract,* Brugge, die Keure, 2014, (429) 450, nr. 29; S. STIJNS, S. JANSEN en F. PEERAER, "Schorsing en beëindiging van de huurovereenkomst naar gemeen recht" in *Handboek Algemeen huurrecht* in *Reeks Huurrecht*, Brugge, die Keure, 2015, (685), nrs. 34 (over het cumulverbod) en 57-61 (over partiële temporele ontbinding).

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

37. Misbruik van uitvoering in natura leidt mogelijk tot keuzewijziging – Het keuzerecht, zo bleek al uit een cassatiearrest van 16 januari 1986, is geen discretionair recht. In dit mijlpaalarrest overweegt het Hof van Cassatie "*dat noch uit de artikelen 1134 en 1184 BW noch uit het begrip misbruik van recht volgt dat een partij in een wederkerig contract, die het slachtoffer is van het feit dat de andere partij haar verbintenissen niet uitvoert, geen misbruik zou kunnen maken van de mogelijkheid te kiezen tussen de gedwongen uitvoering en de ontbinding van de overeenkomst.*"[229] De matigingsbevoegdheid waarover een rechter bij rechtsmisbruik beschikt, mag derhalve toepassing krijgen op het keuzerecht van artikel 1184 oud BW, wat in de doctrine gunstig is onthaald.[230]

Uit dit arrest volgt tevens dat de sanctionering van een abusieve uitoefening van het keuzerecht (bv. abusieve keuze voor gedwongen uitvoering) erin kan bestaan dat de rechter de keuze van de schuldeiser ombuigt naar de alternatieve optie (bv. gerechtelijke ontbinding). Uiteraard kan de rechter dit enkel doen nadat hij rechtsmisbruik heeft vastgesteld en dit met feitelijke vaststellingen zorgzaam is gemotiveerd. Na dit basisarrest volgden talrijke toepassingen in de feitenrechtspraak, in het bijzonder in huurgeschillen.[231] In het huurcontentieux is het vaak de huurder die zich na de voortijdige verlating van het huurgoed (en eventuele terugsturen van de sleutels) op basis van het verbod op rechtsmisbruik verweert tegen de verhuurder die uitvoering in natura nastreeft van het huurcontract. Op grond van een marginale misbruikcontrole wijzigt de rechter dan de keuze voor de gedwongen uitvoering in situaties waarin hij kan oordelen dat de verhuurder – vaak uit hoofde van zijn schadebeperkingsplicht – hetzij de ontbinding diende te verkiezen omdat de uitvoering *in natura* door de huurder definitief onmogelijk is geworden, hetzij een voorstel van de huurder tot minnelijke beëindiging diende te aanvaarden.[232]

38. Misbruik van uitvoering bij equivalent leidt mogelijk tot ontzegging van de rechtsuitoefening – Hoewel de meerderheid van de gevallen handelt over misbruik van de keuze voor uitvoering *in natura*, aanvaardt het Hof van Cassatie in een arrest van 6 januari 2011 dat ook de keuze voor uitvoering bij equivalent rechtsmisbruik kan uitmaken.[233]

De feiten die aanleiding gaven tot dit arrest zijn atypisch, nu de schuldeiser die zich schuldig maakt aan misbruik een huurder is (en niet, zoals vaak, een verhuurder). *In casu* verhuurt een erfpachter als handelsverhuurder meerdere winkels in een winkelgalerij, die hij zelf in erfpacht kreeg van de Stad Brussel. Bij de bespreking van de verlenging van de erfpacht wordt de erfpachter geconfronteerd met de eis van de Stad Brussel om de winkelgalerij te renoveren, wat veel hinder zal teweegbrengen voor zijn handelshuurders en zelfs een sluiting van een deel van de site. De erfpachter-handelsverhuurder doet aan alle handelshuurders een minnelijk aanbod tot voortijdige ontbinding van de huur vermeerderd met een redelijke schadevergoeding, zo ook aan een copycenter, Photolinéa. Terwijl de minverkoop reeds voelbaar is en de meeste andere huurders zijn ingegaan op het minnelijk voorstel, slaat Photolinéa het aanbod af en staat deze handelshuurder op de verdere uitvoering van het contract tot het einde van zijn looptijd, d.i. nog twee jaar. De handelshuurder blijft in het pand en richt zich finaal tot de rechter: hij eist een schadevergoeding voor hinder en minverkoop ten titel van uitvoering bij equivalent. Net als in eerste aanleg, acht de rechter in hoger beroep deze vordering ongegrond. Hij oordeelt dat de handelshuurder rechtsmisbruik pleegt door de minnelijke ontbinding te weigeren en door de *uitvoering bij equivalent* te eisen van het contract. Bovendien stelt de rechter vast dat het in der minne aangeboden bedrag een redelijke en correcte schadevergoeding uitmaakte en dat de erfpachter-handelsverhuurder die de schade heeft trachten te beperken bovendien geen enkele fout kan worden verweten. De handelshuurder gaat in cassatie en voert aan dat de

229. Cass. 16 januari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 683, *Pas.* 1986, 602, *JT* 1986, 404, *TBBR* 1987, 130, *RW* 1987-88, 1470, noot A. VAN OEVELEN, *RCJB* 1991, 4, noot M. FONTAINE. Dit arrest werd bevestigd: Cass. 27 februari 2004, *Res Jur.Imm.* 2004, 189.

230. Zie o.a. A. VAN OEVELEN, "De goede trouw bij de keuze tussen de gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van een wederkerige overeenkomst", *RW* 1987-88, (1471) nrs. 4-5; M. FONTAINE, "La mise en oeuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive", *RCJB* 1991, (12) nrs. 10-11; P.A. FORIERS, "Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle" (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (189) nrs. 23 e.v.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence (1985-1995). Les obligations: les sources", *JT* 1996, (689) nr. 38-44; S. STIJNS, "La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation" in *La volonté unilatérale dans le contrat*, JBB, 2008, (325) 333-340; S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.) *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2015, (75) nr. 42-43; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 714; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 670 e.v.; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2021, 199.

231. Zie bv. Brussel 21 november 1996, *JT* 1997, 180 (roerende huur); Kh. Brussel 29 juni 2007, *RABG* 2008, 623, noot N. VAN DE SYPE; Rb. Brussel 10 januari 2005, *JLMB* 2005, 785; Kh. Brussel 29 september 2003, *Huur* 2004/1, 17; Kh. Hasselt 26 maart 1997, *TBBR* 1999, 67 (roerende huur); Rb. Luik 23 januari 1990, *TBBR* 1990, 484; Vred. Gent 16 november 2015, *RW* 2016-17, 673; Vred. Veurne-Nieuwpoort 4 september 2012, *T.Vred.* 2014, 230; Vred. Leuven 7 januari 2003, *Huur* 2004, 79; Vred. Fexhe-Slins 9 maart 1998, *JLMB* 1998 1837; Vred. Westerlo 14 juli 1995, *RW* 1997-98, 1084; Vred. Wolvertem 30 maart 1995, *RW* 1996-97, 472, noot R. VAN RANSBEECK; Vred. Halle 28 juli 1995, *RW* 1998-99, 1360; Vred. Lokeren 18 februari 1994, *T.Not.* 1996, 28; Vred. Brussel 29 september 1993, *JLMB* 1997, 681, noot M. VANDEMERSCH en T. DE RIDDER; Vred. Brasschaat 22 november 1994, *T.Vred.* 1996, 74; Vred. Neerpelt 27 juni 1991, *RW* 1993-94, 756; Vred. Antwerpen 25 november 1992, *RW* 1993-94, 784; Vred. Waver 14 augustus 1990, *JLMB* 1991, 1151.

232. S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2015, (75) nr. 43.

233. Cass. 6 januari 2011, *Pas.* 2011, 44, concl. A. HENKES, *TBBR* 2012, 388, noot P. BAZIER en *TBO* 2011, 109, concl. A. HENKES. Zie de analyse bij: P. BAZIER, "Abus de droit, rechtsverwerking et sanctions de l'abus de droit" (noot onder Cass. 1 oktober 2010 en 6 januari 2011), *TBBR* 2012, 393-403; S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!" in S. STIJNs en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2015, (75) nrs. 44 en 58; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 264.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

sanctie op rechtsmisbruik in de matiging en niet in de volledige verbeuring van een recht bestaat. Het Hof van Cassatie oordeelt hier anders over en overweegt: *"wanneer een van de partijen de keuze geboden bij artikel 1184 Burgerlijk Wetboek misbruikt om van de tegenpartij de tenuitvoerlegging van de overeenkomst af te dwingen in plaats van de ontbinding ervan met schadevergoeding te eisen of te aanvaarden, kan het herstel van dat misbruik erin bestaan dat die partij het recht verbeurt om de gedwongen tenuitvoerlegging te verkrijgen."*

Deze beslissing is om twee redenen relevant. De eerste reden is dat het Hof van Cassatie wederom erkent dat het keuzerecht uit artikel 1184 oud BW vatbaar is voor rechtsmisbruik. In dit geval bestond het misbruik erin dat de schuldeiser de gedwongen tenuitvoerlegging bij equivalent wou afdwingen in een situatie waarin hij de ontbinding van de overeenkomst met schadevergoeding had moeten eisen of een minnelijk aanbod tot een dergelijke ontbinding met schadevergoeding had moeten aanvaarden. De tweede reden om het arrest in herinnering te brengen is dat de feitenrechter ook gevolgd wordt in de sanctie die hij koppelde aan dat rechtsmisbruik: de ontzegging van het recht op uitvoering bij equivalent, ook al komt dit *de facto* neer op (of komt dit minstens zeer dicht in de buurt van) de (verboden) verbeuring van het recht op schadevergoeding. Men weet immers dat, volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie, de sanctie voor de abusieve uitoefening van contractuele rechten *niet* het volledig *verbeuren* van het recht is ('*la déchéance'*), maar wel het herleiden van het recht tot zijn normaal gebruik of in het herstel van de schade die het misbruik heeft teweeggebracht.[234] Daarenboven verduidelijkte het Hof van Cassatie in een beslissing van 8 februari 2001 over misbruik van een schadebeding, dat de sanctie kan bestaan in de *ontzegging* van de rechtsuitoefening ('*la privation du droit'* of '*l'inefficacité d'une clause*'), wanneer het gaat om de abusieve uitoefening van rechten die men put uit een *contractueel beding* (zoals een schadebeding).[235] Dit arrest heeft een algemene draagwijdte en betreft elk contractueel beding. Het recht wordt bij een ontzegging van rechtsuitoefening evenwel niet verbeurd noch 'vervallen verklaard'. Het beding blijft bestaan en de schuldeiser kan hierop later, *in andere omstandigheden*, weerom een beroep op doen, tenzij het gaat om een beding waarop men slechts eenmaal een beroep kan doen.[236] In dit laatste geval is het verschil tussen het verbeuren van een recht en het ontzeggen van de uitoefening ervan flinterdun.[237]

Het hier besproken arrest van 6 januari 2011 gaat nog een stap verder: het oordeelt niet over de uitoefening van een recht dat men put uit een contractueel beding, maar het gaat over de ontzegging van een *wettelijke remedie,* nl. het recht op schadevergoeding. Het ligt in de lijn van een eerder arrest van het Hof van Cassatie van 1 oktober 2010 dat de ontzegging aan de schuldeiser van het recht op ontbinding wegens rechtsmisbruik wettig bevond.[238] Het ontzeggen van een beroep op een wettelijk remedie heeft het verregaande gevolg dat de schuldeiser – zoals de handelshuurder in het besproken arrest van 6 januari 2011 – zijn aanspraak *definitief* verliest wegens het door hem gepleegde rechtsmisbruik. Wij hebben elders de stelling verdedigd dat deze sanctie erg aanleunt bij de figuur van de rechtsverwerking.[239] Ook de woordkeuze in de rechtspraak toont aan dat het onderscheid tussen verbeuring en ontzegging moeilijk ligt: in de Nederlandstalige vertaling van het arrest van 6 januari 2011 leest men dat het herstel van dat misbruik *"erin (kan) bestaan dat die partij het recht* verbeurt *om de gedwongen tenuitvoerlegging te verkrijgen"*, terwijl het arrest (dat in het Frans is gewezen) stelt: "*la réparation de cet abus peut consister en la* privation du droit". In een ander arrest wordt zelfs het woord 'afschaffing' ten gronde gebruikt en in cassatie hernomen.[240] De woordkeuze mag dan ongelukkig zijn, over de achterliggende idee kan vandaag geen meer twijfel bestaan.

234. Cass. 16 december 1982 (*Arr.Cass.* 1982-83, 518 en *Pas.* 1983, 472) preciseerde dat rechtsmisbruik "zijn sanctie vindt niet in een volledig verbeuren van het recht, maar door de normale uitoefening van dat recht op te leggen of in het herstel van de schade die door het misbruik is teweeggebracht". Dit arrest werd nadien herhaaldelijk bevestigd, bv. met Cass. 18 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 790, *Pas.* 1988, 728, *RW* 1988-89, 1226, met noot en *TBH* 1988, 696, noot E. DIRIX; Cass. 11 juni 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 965, *Pas.* 1992, 898, *JT* 1992, 676 en *RW* 1992-93, 373; Cass. 8 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 245, *Pas.* 2001, 244, *JT* 2002, 475, *RW* 2001-02, 778, noot A. VAN OEVELEN, *TBBR* 2004, 396 en *T.Not.* 2001, 473, noot C. DEWULF.

235. Cass. 8 februari 2001, *Arr.Cass*. 2001, 245, *Pas.* 2001, 244, *RW* 2001-02, 778, noot A. Van Oevelen, *JT* 2002, 475, *TBBR* 2004, 396, en *T.Not*. 2001, 473, noot C. DEWULF, bevest. Cass. 2 februari 2018, C.17.0386.F., *JT* 2018, 462, noot F. GLANSDORFF. Het valt op dat in de beslissing van 8 februari 2001 de ontzegging van de rechtsuitoefening gezien wordt als een vorm van herstel van de schade, terwijl in een recenter arrest van exact 20 jaar later (Cass. 8 februari 2021, S.20.0009.N, *NJW* 2021, 491, noot M. MEIRLAEN, *RW* 2021-22, 238, noot en *TBH* 2021, 245, weergave) wordt geoordeeld dat de *herleiding* van het recht tot zijn normale uitoefening zover kan gaan dat de rechter aan de houder van het recht *de mogelijkheid ontzegt om zich erop te beroepen* in de gegeven omstandigheden.

236. S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2015, (75) nr. 45-47; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 94.

237. In die zin: A. VAN OEVELEN, "De sanctie van het misbruik van contractuele rechten" (noot onder Cass. 8 februari 2001), *RW* 2001-2002, 781, nr. 4 *in fine*; P. WÉRY, "Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en oeuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle" in *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, 135, nr. 7; S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2015, (75) nr. 47; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 94. Volgens sommigen is dit verschil zelfs geheel onbestaand, zie bv. P. BAZIER, "Abus de droit, rechtsverwerking et sanctions de l'abus de droit", (noot onder Cass. 1 oktober 2010), *TBBR* 2012, (393) nr. 12.

238. Cass. 1 oktober 2010, *Pas* 2010, 2470, *RW* 2011-12, 142, noot S. JANSEN en S. STIJNS, *TBBR* 2012, 387, noot P. BAZIER, *TBH* 2011, 77 (verkort).

239. S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2015, (75) nrs. 51-55; S. STIJNS, "La résilience de la *rechtsverwerking*" (noot onder Cass. 17 mei 1990), *JT – Hommage à Pierre Van Ommeslaghe,* 2018, (582) nr. 10.

240. Zie Cass. 14 oktober 2010, *Act.dr.fam.* 2012, 156, noot A. VAN GYSEL, *DAOR* 2012, 17, *Pas.* 2010, 2643, *RABG* 2011, 902, noot, *Rev.trim.dr.fam.* 2011, 49, *RW* 2011-12 1209, noot. Hierover: I. BOONE, "Het verbintenissenrecht als remedie voor conflicten tussen gewezen echtgenoten na echtscheiding door onderlinge toestemming" in *Familierecht, Themiscahier nr. 85*, Brugge, die Keure, 2014, nr. 64; S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract*, Brugge, die Keure, 2015, (75) nr. 57.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

39. Onderscheid tussen drie ontbindingsregimes – Eerder dan voor de gedwongen uitvoering, kan de schuldeiser de ontbinding verkiezen. Vandaag bestaan drie verschillende ontbindingsregimes: het *wettelijke* uit artikel 1184 oud BW, het *conventionele* gesteund op een uitdrukkelijk ontbindend beding en het *jurisprudentiële* ontwikkeld door de rechtspraak en de rechtsleer (de 'ontbinding op kennisgeving').[241] Voor zover de toepassingsvoorwaarden van de drie ontbindingswijzen zijn vervuld, kan de schuldeiser in een wederkerig contract *in principe* kiezen tussen een gerechtelijke ontbinding van het contract enerzijds en een van de twee vormen van buitengerechtelijke ontbinding anderzijds (zie de nuancering *infra* nr. 54). Een eerste mogelijkheid om buitengerechtelijk te ontbinden bestaat erin dat de schuldeiser het uitdrukkelijk ontbindend beding in werking stelt dat in het contract is voorzien. Ontbreekt een dergelijk beding, dan kan de schuldeiser een buitengerechtelijke ontbinding 'op kennisgeving' overwegen.

Deze regimes hebben drie *gemeenschappelijke toepassingsvoorwaarden*: de sanctie ontbinding wordt, behoudens uitzondering (*supra* nr. 5), voorafgegaan door een ingebrekestelling; de schuldenaar maakt zich schuldig aan een toerekenbaar tekortkoming aan een van de door hem aangegane verbintenissen die de ontbinding rechtvaardigt; en het gaat om verbintenissen uit een wederkerig contract[242], tenzij partijen de ontbinding via een uitdrukkelijk ontbindend beding in een eenzijdig contract hebben mogelijk gemaakt. Ook de hoofdgevolgen van de ontbinding lopen gelijk bij de drie regimes: of de ontbinding nu gerechtelijk of buitengerechtelijk verloopt, zij heeft in principe terugwerkende kracht.

Wat de drie regimes *onderscheidt* is in hoofdzaak de rol van de rechter. Deze verschilt naargelang zijn tussenkomst vooraf plaatsvindt, dan wel *a posteriori*. Het Wetsvoorstel Boek 5 wil die drie ontbindingsregimes voortaan op voet van gelijkheid erkennen en in artikel 5.90 wettelijk verankeren als volgt: *"Het wederkerige contract kan worden ontbonden wanneer de niet-nakoming van de schuldenaar voldoende ernstig is of wanneer de partijen zijn overeengekomen dat die de ontbinding rechtvaardigen. (…) De ontbinding vloeit voort uit een rechterlijke beslissing, uit de toepassing van een ontbindend beding of uit een kennisgeving van de schuldeiser aan de schuldenaar, overeenkomstig de volgende artikelen. (…)*". Hierna duiden we deze ontbindingsregimes in het licht van de recente ontwikkelingen in de cassatierechtspraak over de gerechtelijke ontbinding (*infra* nrs. 40 e.v.) en de buitengerechtelijke ontbinding (*infra* nrs. 45 e.v.).

B. Gerechtelijke ontbinding

1° Invulling van de rechterlijke bevoegdheid

40. Rol van de rechter: traditionele invulling – Kiest de schuldeiser voor de gerechtelijke ontbinding, dan moet hij deze in rechte vorderen. De ontbinding wordt door een rechter uitgesproken, zodat het vonnis of het arrest constitutief is. Deze voorafgaande rechterlijke tussenkomst wordt traditioneel verklaard door het sanctionerend karakter van de ontbinding. Aan de rechter wordt een belangrijke controleopdracht toegeschreven over de toepassing van de ingrijpende ontbindingssanctie. In zijn vaste rechtspraak legt het Hof van Cassatie aan de rechter immers de verplichting op om na te gaan of de beweerde tekortkoming voldoende zwaarwichtig is om de gevorderde ontbinding te rechtvaardigen.[243] Er is sprake van een voldoende ernstige tekortkoming wanneer de wanprestatie het economisch nut aantast en ontneemt dat de schuldeiser mocht verwachten uit de voortzetting van het contract. Dit is ook het geval wanneer de noodzakelijke vertrouwensband onherstelbaar verloren is gegaan door de wanprestatie.[244]

Daarnaast mag de rechter, op grond van de ruime, pretoriaans verworven appreciatiemacht, tot op zekere hoogte kiezen *welke sanctie* hij verbindt aan de op hun voldoende ernst gewogen tekortkomingen: hij kan de ontbinding uitspreken met of zonder aanvullende schadevergoeding; hij kan de ontbinding afwijzen of de schuldenaar een laatste uitstel verlenen om vooralsnog uit te voeren *in natura*; hij kan de ontbinding weigeren en een uitvoering bij equivalent

241. S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nrs. 3-4; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 267; S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, Themis nr. 95, Brugge, die Keure, 2015, (79) nrs. 31-32; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 715.

242. Het ontbindingsrecht is – net als de exceptie van niet-uitvoering – inherent aan wederkerige contracten en wordt geacht van bij de aanvang te bestaan. De grondslag van de ontbinding bij wanprestatie ligt immers in de onderlinge afhankelijkheid of interdependentie van de wederzijdse verbintenissen. In die zin bv. voor de ontbinding: Cass. 22 april 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1083, *Pas.* 2002, 970, *RW* 2005-06, 182 en *TBBR* 2004, 399; Cass. 28 januari 2005, *Arr.Cass*. 2005, 246, *Pas.* 2005, 240 en *RW* 2006-07, 476, noot; Cass. 4 februari 2011, *Pas.* 2011, 438, *RW* 2011-12, 488, noot R. HOUBEN en *TBH* 2011, 877; Cass. 16 september 2016, C.15.0227.N. Zie ook: S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 97-100. Hierop bestaan slechts enkele uitzonderingen, zoals de wanbetaling bij rentetermijnen in artikel 1978 oud BW.

243. Cass. 9 juni 1961, *Pas.* 1962, 1104, *RW* 1961-62, 1701 en *JT* 1961, 667; Cass. 28 mei 1965, *Pas.* 1965, (1051) 1053; Cass. 9 september 1965, *Pas.* 1966, 47 en *RW* 1967-68, 791; Cass. 8 april 1976 (impl.), *Arr.Cass*. 1976, 914, *Pas.* 1976, 880 en *RW* 1976-77, 377; Cass. 12 november 1976, *Arr.Cass*. 1977, 293 en *Pas.* 1977, 291; Cass. 13 maart 1981, *RW* 1982-83, 1049 en *T. Vred*. 1983, 104; Cass. 31 januari 1991, *Arr.Cass*. 1990-91, 584, *Pas.* 1991, 520, *RW* 1991-92, 774 en *T.Not*. 1991, 444. Recenter, zie Cass. 26 december 2014, C.14.0168.N, *Pas.* 2014, 3040, *RW* 2015-16, 1415; Cass. 28 oktober 2013, *Pas.* 2013, 2062 en *TBH* 2014, 106; Cass. 24 september 2009, *Arr. Cass.* 2009, 2097, *Pas.* 2009, 1979, *RABG* 2009, 1311, *RW* 2010-11, 1346, noot J. DE WEGGHELEIRE, *TBBR* 2012, 158, noot M. DAMBRE, *TBH* 2010, 90, *TBH* 2010, 249 en *TBO* 2010, 9.

244. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 180-185; V. WITHOFS, "Het cumulverbod tussen ontbinding van de overeenkomst en gedwongen uitvoering" in S. DE REY, N. VAN DAMME en T. GLADINEZ (eds.), *Grenzen voorbij. Liber discipulorum Bernard Tilleman*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 107-108; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 668. Zie bv. Kh. Bergen 6 juli 2004, *DAOR* 2006, 139, noot E. SWAENEPOEL.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

toekennen; hij kan ook de ontbinding lastens beide partijen uitspreken indien beide partijen de ontbinding vorderen en beiden een voldoende ernstige tekortkoming begingen.[245] Deze invulling van de rol van de rechter toont aan dat de rechter bij een gerechtelijke ontbinding de *opportuniteit* van de ontbinding toetst.[246] Dit brengt ons bij de hedendaagse invulling van de bevoegdheden van de rechter die zich moet uitspreken over een eis in gerechtelijke ontbinding: wie ziet immers niet in dat de controle die de rechter hier uitoefent, als een controle op rechtsmisbruik te kwalificeren is of als een toepassing van de matigende werking van de goede trouw?

41. Rol van de rechter: moderne invulling – De hedendaagse doctrine nuanceert de klassieke invulling van de controlebevoegdheid van de rechter bij een ontbinding door twee rechterlijke bevoegdheden te onderscheiden. Een eerste bevoegdheid is zijn *uitstelbevoegdheid*. Die put de rechter rechtstreeks uit de wet (art. 1184, derde lid oud BW). Zij geeft hem de macht om te oordelen over de opportuniteit van een uitstel. Dit vormt de enige soevereine appreciatiemacht waarover de rechter bij een gerechtelijke ontbinding beschikt.

Daarnaast kent de rechtspraak hem ook de bevoegdheid toe om de voldoende ernst van de wanprestatie te beoordelen en een gepaste sanctie te kiezen ('*matigingsbevoegdheid*').[247] Deze tweede bevoegdheid bracht men traditioneel onder bij de 'opportuniteitstoetsing' van de rechter, maar wordt door de moderne doctrine gezien als een bevoegdheid om een redelijkheidscontrole door te voeren of een controle op misbruik van het ontbindingsrecht.[248] De rechter voert immers een controle door op de proportionaliteit en gaat na of de ontbinding aangepast is aan de verweten en bewezen tekortkoming(en). Concreet weegt hij hierbij af of de voortzetting van het contract nog economisch nut heeft voor de schuldeiser.[249] Hij houdt hierbij rekening met het voordeel dat de schuldeiser kan hebben uit de instandhouding en/of bij de ontbinding van het contract, en met het nadeel dat de tekortkomende schuldenaar lijdt in geval van ontbinding. Wil men de moderne opvatting rechtlijnig doortrekken, dan is deze matigingsbevoegdheid te steunen op de redelijkheidsnorm uit artikel 1134, lid 3 oud BW en moet de rechter zich bij de beoordeling van de ernst van de wanprestatie bijgevolg aan een *marginale toetsing* houden.[250]

42. Moderne invulling erkend? (Cass. 4 maart 2021) – Een recent cassatiearrest van 4 maart 2021 geeft mogelijk een antwoord op de vraag of de rechter die uitspraak doet over een gerechtelijke ontbinding, zijn redelijkheidscontrole inderdaad, zoals bepleit door een modernere strekking in de doctrine (*supra* nr. 41), rechtstreeks mag steunen op het verbod op rechtsmisbruik.[251] Het arrest stelt immers een schending vast van artikel 1134, derde lid oud BW en van het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt, in een geval waarin de appelrechter de gerechtelijke ontbinding had uitgesproken, maar had nagelaten na te gaan of die ontbinding in de gegeven omstandigheden geen rechtsmisbruik uitmaakte wegens een wanverhouding tussen het beoogde voordeel en het berokkende nadeel, hoewel de schuldenaar dit had opgeworpen.

De feiten die aanleiding gaven tot dit arrest zijn samen te vatten als volgt. De eigenaar van een gebouw met handelspand en meerdere verdiepingen, gaat een handelshuur aan voor achttien jaar. De jaarlijkse huurprijs bedraagt 84 000 EUR, per trimester te betalen. De handelshuur stipuleert evenwel dat de huurprijs niet verschuldigd is voor de eerste vier maanden. De reden voor de lange huurtijd en de tijdelijke kosteloosheid is te vinden in de verbintenis van de huurder om de gelijkvloerse handelsruimte opnieuw in te richten als voedingswinkel en de verdiepingen te renoveren voor bewoning. Deze werken zouden evenwel aan het einde van de huur eigendom blijven van de verhuurder, tenzij deze laatste ervoor zou kiezen dat de huurder, op eigen kosten, het pand in zijn oorspronkelijk staat zou herstellen. Bovendien bevat het contract een verbod op huuroverdracht en onderhuur behoudens

245. O.a. S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nrs. 272-273 met verwijzingen aldaar; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, 2019, nr. 721; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 673.

246. In die zin K. DE GRÈVE, "Huur en gerechtelijke ontbinding: enkele topics", *NNK* 2012, (3) nr. 4; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 188 en de kritiek hierop in nr. 159; S. STIJNS, "De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend", *TBBR* 2003, (258), nrs. 5 en 7; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 271-272; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 721; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nrs. 671 en 673; V. WITHOFS, "Het cumulverbod tussen ontbinding van de overeenkomst en gedwongen uitvoering" in S. DE REY, N. VAN DAMME en T. GLADINEZ (eds.), *Grenzen voorbij. Liber discipulorum Bernard Tilleman*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (107) 108.

247. Deze bevoegdheid is van zuiver pretoriaanse oorsprong nu de rechters zich deze appreciatiemacht hebben toegeëigend in de tweede helft van de negentiende eeuw. Over deze evolutie, zie S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 119-136; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 671.

248. Zie hiertoe o.m. J.-Fr. GERMAIN, "L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrats synallagmatiques", *TBBR* 2006, (456) nrs. 4-5; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 274; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations in Traité de droit civil,* Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nrs. 586 en 589; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 722; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nrs. 668 en 671. Hierover al: S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 144-146, 159, 183-184, 202 en 304-324.

249. Uitvoeriger over (de schragende rol van) het economisch nutscriterium, zie S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 182-183; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 723.

250. Met deze stelling, zie o.a. S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, Themis nr. 95, Brugge, die Keure, 2015, (79) nr. 33; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht, Boek 1,* Brugge, die Keure, 2016, nr. 274; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 722.

251. Cass. 4 maart 2021, C.20.0404.F, *TBH* 2021, 660 (weergave).

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

voorafgaande schriftelijk toestemming van de verhuurder die zich enkel om geldige redenen kan verzetten. De werken worden uitgevoerd en pas negen jaar later ontstaat een geschil wanneer de huurder kennisgeeft aan de verhuurder van de overdracht van de huur aan een vennootschap die in handen is van dezelfde familie als de eerste huurder. De verhuurder verzet zich tegen deze overdracht omdat het kapitaal van de overnemer te beperkt zou zijn. Na een ingebrekestelling, bekomt de verhuurder bij de vrederechter de veroordeling van de 'overnemer', bij verstek, tot betaling van de achterstallige huurprijs en kosten en de aanstelling van een deskundige om werken vast te stellen die zonder toestemming van de verhuurder zouden zijn uitgevoerd. Wanneer de 'overnemer' nalaat gevolg te geven aan het vonnis, dagvaardt de verhuurder de oorspronkelijke huurder in gedwongen tussenkomst en vordert hij de ontbinding van de huur, de betaling van de achterstallen en een schadevergoeding van 6 maanden huur zoals gestipuleerd voor het geval van ontbinding. Het verweer wijst op de kwade trouw van de verhuurder. De achterstallen werden immers inmiddels betaald, de verhuurder kende de uitgevoerde werken van bij hun aanvang en hij eiste pas de ontbinding toen hij vernam dat een warenhuisketen interesse had getoond om de handelszaak over te nemen. Net zoals in eerste aanleg[252], wordt de verhuurder in hoger beroep in het gelijk gesteld. Hij bekomt de ontbinding lastens beide 'huurders' wegens herhaalde tekortkomingen. Het verweer van de twee 'huurders' dat de eis in gerechtelijke ontbinding rechtsmisbruik uitmaakte, mocht niet baten.[253] Beide 'huurders' voorzien zich dan ook in cassatie. In hun enig middel voeren zij een schending aan van artikelen 1134, derde lid en 1184 oud BW, van artikel 149 Gw. en van het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt.

Het Hof van Cassatie stelt vast dat eisers in hun conclusies ten gronde lieten gelden dat de verhuurder, door zijn keuze voor de ontbinding van de handelshuur, tot doel had eisers het voordeel te ontnemen van de uitbating van hun handelszaak in het bewuste pand en van de omvangrijke werken die zij daar hadden gerealiseerd rekening houdend met de lange duur van het huurcontract; dat de verhuurder tevens verhinderd had dat eisers hun handelszaak zouden overdragen en daarmee een winst konden realiseren (750 000 EUR), zonder aangetoond legitiem belang, tenzij de mogelijkheid voor verweerder om zelf het pand in huur aan te bieden aan de kandidaat-overnemer van de handelszaak; dat de keuze voor de ontbinding abusief was omdat zij de verhuurder een voordeel verschaft dat buiten verhouding staat tot het nadeel dat eisers ondergaan en dat die keuze voor eisers de meest nadelige wijze uitmaakt waarop de verhuurder zijn recht kan uitoefenen, zonder dat hij daaruit een voldoende (legitiem) voordeel haalt. Het Hof van Cassatie oordeelt als volgt:

"De bestreden beslissing die de keuze van verweerder (de verhuurder) voor de ontbinding gewettigd acht gelet op de belangrijke, herhaalde achterstallen in de betaling van de huurprijs die een ernstige tekortkoming uitmaken aan de contractuele verbintenissen van de huurder, en beslist dat de vordering in ontbinding geen rechtsmisbruik door verweerder vormt die zijn recht niet uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen overschrijdt van de normale uitoefening van dit recht door een voorzichtig en oplettend persoon, zonder de verhouding te onderzoeken, in de gegeven omstandigheden, tussen het voordeel van de ontbinding van de huur voor de verweerder en het nadeel voor de eisers (de huurders), schendt artikel 1134, lid 3 oud BW en het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt."[254]

Het kan op het eerste gezicht verwonderen dat het Hof van Cassatie de afweging die in het vonnis *a quo* is gemaakt om de ontbinding gerechtvaardigd te achten, niet heeft afgekeurd wegens een schending van artikel 1184 oud BW, maar *enkel* en alleen wegens een schending van artikel 1134, derde lid oud BW en van het verbod op rechtsmisbruik. Het cassatiearrest verwijt de grondrechter dat hij bij die afweging naliet om de proportionaliteit te onderzoeken tussen het bekomen of beoogde voordeel van de ontbinding voor de schuldeiser (de verhuurder) en het nadeel ervan in hoofde van de schuldenaars (de 'huurders').[255] Nochtans hadden eisers in cassatie ook de schending van artikel 1184 oud BW in hun middel aangevoerd om reden dat meerdere feitelijke omstandigheden aan de oorzaak lagen van de beperkte achterstallen die niet systematisch en dus onvoldoende ernstig waren. Dit lijkt ons een aanwijzing dat het Hof van Cassatie met dit arrest de *moderne*

252. Vred. Brussel 4e kanton 21 december 2018, onuitg.
253. Rb. Brussel (16e k., Fr.) 20 februari 2020, AR 19/216/A, oordelend met de volgende overweging: "En l'espèce, les retards importants et répétés dans le payement des loyers constituent un manquement grave à ses obligations contractuelles dans le chef du locataire, justifiant la résolution du contrat de bail à ses torts. La demande de résolution du contrat de bail n'est pas constitutive d'un abus de droit dans le chef de [la défenderesse], laquelle n'exerce pas son droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente. Le jugement entrepris est par conséquent confirmé sur ce point."
254. Vrije vertaling van: "Le jugement attaqué, qui, après avoir décidé que 'les retards importants et répétés dans le payement des loyers constituent un manquement grave aux obligations contractuelles du locataire, justifiant la résolution du contrat de bail à ses torts', considère que 'la demande de résolution du contrat de bail n'est pas constitutive d'un abus de droit [de la défenderesse], laquelle n'exerce pas son droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente', sans examiner, dans ces circonstances, la proportion entre le préjudice subi par les demanderesses et l'avantage recherché ou obtenu par la défenderesse, viole l'article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil et le principe général du droit selon lequel nul ne peut abuser de son droit".
255. Terwijl deze afweging aan de hand van de criteria en van alle omstandigheden van de zaak wordt vereist om tot rechtsmisbruik te kunnen besluiten, zoals het arrest van 4 maart 2021 ook beslist. Zie recent nog: Cass. 19 maart 2015, C.13.0218.F, *Arr.Cass.* 2015, 785, *Pas.* 2015, 774, *JLMB* 2016, 836 en *RW* 2016-17, 225; Cass. 26 oktober 2017, C.16.0393.N, *RABG* 2018, 359; Cass. 3 februari 2017, C.16.0055.N, *Huur* 2017, 190, *RW* 2018-19, 186, *TBH* 2018, 579, noot H. Struyven en *TBO* 2017, 498; Cass. 23 mei 2019, C.16.0474.F, *JLMB* 2021, 192, *RABG* 2020, 291, noot en *TBBR* 2020, 178; Cass. 18 oktober 2019, C.19.0136.F; Cass. 27 april 2020, C.19.0435.N, *APT* 2021, 154, *RW* 2020-21, 1500, noot T. HICK en F. VAN DEN ABEELE, *TBBR* 2021, 155, noot S. JANSEN en S. STIJNS en *T.Not.* 2021, 368, noot M. MEIRLAEN.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

invulling erkent die de doctrine aan de rol van de rechter geeft: wanneer de rechter afweegt of de tekortkomingen voldoende ernstig zijn om de ontbinding te rechtvaardigen, voert hij een redelijkheidscontrole door op grond van het verbod op rechtsmisbruik, die men in de uitvoering van contracten steunt op artikel 1134, derde lid oud BW (*supra* nr. 41). Daarmee zou men terecht de traditionele opvatting verlaten dat de rechter over een 'opportuniteitstoetsing' beschikt wanneer hij oordeelt over een vordering in ontbinding. Wij voelen ons in deze analyse gesterkt door de formulering van de grieven van de eisers. In het verzoekschrift tot cassatie wordt namelijk ingeroepen dat de regel volgens welke de rechter de ontbinding slechts mag uitspreken wanneer de vastgestelde tekortkomingen voldoende ernstig zijn om een dergelijke sanctie te rechtvaardigen "*ne constitue qu'une simple application du principe général du droit prohibant l'abus de droit consacré en matière contractuelle par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil.*" Volgens de traditionele visie gaat de controle op misbruik van het ontbindingsrecht op in de ruime, zelfs soevereine appreciatiebevoegdheid over de 'voldoende ernst van de wanprestatie'. Ook de meerderheid van de feitenrechtspraak volgt nog deze opvatting en hanteert om die reden (zoals het vonnis *a quo*) ongeremd een 'volledige' toetsing in de plaats van de marginale toetsing die eigen is aan de controle op rechtsmisbruik.[256] Volgens de moderne opvatting – waaraan het cassatiearrest uitdrukking lijkt te geven – is de rechterlijke controle over de ernst van de wanprestatie in verhouding tot de ontbindingssanctie daarentegen op te vatten als een marginale misbruikcontrole.[257]

De beslissing van het Hof van Cassatie om de moderne invulling te verkiezen, kunnen wij ten volle goedkeuren, zeker nu de kernbevoegdheid van de rechter bij elk ontbindingsregime daardoor op één lijn wordt gebracht: bij de drie ontbindingswijzen beschikt de rechter over eenzelfde, voor de ontbinding wezenlijke redelijkheidstoetsing, zij het dat deze bij de gerechtelijke ontbinding *voorafgaandelijk* plaatsvindt, terwijl die bij de twee wijzen van buitengerechtelijke ontbinding *a postiori* plaatsgrijpt. Enkel bij de gerechtelijke ontbinding heeft de rechter een bijkomende bevoegdheid, die erin bestaat voorafgaand aan de ontbinding eenmalig uitstel te verlenen.

2° Gevolgen van de ontbinding

43. Retroactiviteit (restituties) en aanvullende schadevergoeding – De ontbinding van een contract heeft in beginsel een retroactieve werking of werking *ex tunc*, wat aanleiding kan geven tot restitutieverplichtingen.[258] Artikel 1184, tweede lid oud BW preciseert verder dat de schuldeiser die de ontbinding vordert, mogelijk ook aanspraak kan maken op een aanvullende of bijkomende schadevergoeding. Deze aanvullende schadevergoeding is te onderscheiden van schadevergoeding ten titel van uitvoering bij equivalent.[259] Bij ontbinding viseert de schuldeiser immers de beëindiging van het contract (niet zijn uitvoering), zodat de rechter bij de raming van de aanvullende schadevergoeding rekening moet houden met de gevolgen van de, in beginsel, retroactieve ontbinding, zoals de bevrijding van de schuldeiser en de restituties.[260] Enkel de schade die door de ontbinding en de restituties niet wordt 'hersteld', komt voor vergoeding in aanmerking.[261] De aanvullende schadevergoeding kadert eigenlijk in de contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar die voortvloeit uit zijn toerekenbare tekortkoming die de ontbinding rechtvaardigt. Deze contractuele aansprakelijkheid blijft overeind krachtens de artikelen 1149 en 1184, tweede lid oud BW (en binnen de voorwaarden gesteld door de artikelen 1150-1151 oud BW), ook al wordt het contract retroactief ontbonden (zodat partijen teruggeplaatst worden, desgevallend met restituties, in de situatie waarin zij zich zouden bevonden hebben indien zij niet hadden gecontracteerd), en ook al kan het ontbonden contract, in de regel, voor partijen geen grondslag meer zijn van rechten en verplichtingen.[262] Het Hof van Cassatie oordeelde trouwens dat het ontbindingsrecht in geval van wanprestatie en de daarop gesteunde vordering tot schadevergoeding, zoals de exceptie van niet-uitvoering, bij wederkerige overeenkomsten inherent zijn aan de rechtsverhouding en geacht worden van bij de aanvang te bestaan ongeacht het tijdstip waarop de contractpartij er een beroep op doet.[263]

256. Zie nochtans de volgende uitspraak die duidelijk de moderne invulling hanteert van de rol van de rechter bij een gerechtelijke ontbinding: Rb. Kortrijk 7 maart 2005, *RAGB* 2006, 66, noot I. DE SCHRYVER: "*De rechtbank oordeelt dat in de gegeven omstandigheden de goede trouw eraan in de weg staat dat de ontbinding van de overeenkomst wordt gevorderd, dat met andere woorden de tekortkoming van de eiser niet zo zwaarwichtig was dat de ontbinding van de overeenkomst is gerechtvaardigd*".

257. O.a. P.A. FORIERS, "Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle" (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (189), nr. 23; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RW* 2002-2003, (501), nr. 4; K. VANDERSCHOT, "De sanctionering van abusieve partijbeslissingen genomen bij contractuele wanprestatie: de verschillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw", *TBBR* 2005, (87), 95; S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, Themis nr. 95, Brugge, die Keure, 2015, (79) nr. 33; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 274.

258. Over de retroactieve werking, de uitzonderingen hierop en de restituties, zie bv. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 725-730.

259. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 454; S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzage de (niet-)nakoming van contracten" in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, *Themis*, Brugge, die Keure, 2015, (141), nr. 13.

260. Over de rol van de restituties en het verschil met de aanvullende schadevergoeding, zie Cass. 4 juni 2004, C.03.0408.F, *Arr.Cass.* 2004, 1004, *Pas.* 2004, 971, *JLMB* 2004, 1714, *RABG* 2006, 19, *RW* 2006-07, 1038, noot en *TBBR* 2005, 485, noot T. STAROSSELETS; Cass. 21 april 2016, C.15.0374.N, *TBBR* 2018, 429, noot J. BAECK en *RW* 2017-18, 261.

261. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 192; P.A. FORIERS, "Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive" in B. DUBUISSON en P. WÉRY (eds.), *La mise en vente d'un immeuble*, Brussel, Larcier, 2005, (223), 242 en 251; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Laricer, 2021, nr. 681.

262. Zie Cass. 24 maart 1972, *Arr.Cass.* 1972, 707, *Pas.* 1972, I, 693, noot en *RW* 1971-72, 2023; Cass. 13 december 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 561, *Pas.* 1986, 488, *RW* 1986-87, 933 en *JT* 1987, 163.

263. Cass. 4 februari 2011, *Pas.* 2011, 438, *RW* 2011-12, 488, noot R. HOUBEN en *TBH* 2011, 877; Cass. 16 september 2016, C.15.0227.N.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

Er bestaan echter talrijke situaties waarin van de retroactiviteit wordt afgeweken. De belangrijkste uitzondering op de regel vormen, volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie, de contracten met opeenvolgende of doorlopende prestaties (ook genoemd: duurcontracten), waar de ontbinding slechts *ex nunc* werkt.[264] Maar op de vraag wanneer *'ex nunc'* dan precies vast te leggen is (vanaf de akte van rechtsingang die de ontbindingsvordering aanhangig maakt, vanaf de wanprestatie of vanaf de rechterlijke beslissing die de ontbinding uitspreekt?), blijken de uiteenlopende beslissingen van het Hof van Cassatie geen eenduidig antwoord te geven. Volgens talrijke auteurs zou men erbij gebaat zijn om het criterium van de (on)deelbaarheid van de prestaties uit het contract te hanteren, rekening houdend met de prestaties die al wederzijdse uitvoering kregen.[265] Dit krijgt weerklank in het Wetsvoorstel Boek 5. Artikel 5.95, eerste en tweede lid nemen het beginsel van de retroactiviteit immers als uitgangspunt, maar verankeren de mogelijkheid van een temporele partiële ontbinding met als *criterium de deelbaarheid*, waardoor ervoor gekozen wordt om de ontbinding slechts te laten terugwerken tot op de datum van de wanprestatie. De bepaling luidt als volgt: *"De ontbinding ontneemt het contract zijn gevolgen vanaf de dag waarop het is gesloten. Zij werkt evenwel slechts terug tot de datum van de tekortkoming die daartoe aanleiding heeft gegeven voor zover het contract deelbaar is volgens de bedoeling van de partijen, gelet op de aard en de strekking ervan. De prestatie geleverd sinds die dag geven aanleiding tot restitutie de voorwaarden bedoeld in de artikelen 5.115 tot 5.122. (…)*". Dit criterium vindt zijn rechtvaardiging in de gedachte dat er geen reden is om het deel van het contract teniet te doen dat wederzijds is uitgevoerd op een wijze die aan alle partijen voldoening gaf, op voorwaarde dat het behoud van dit deel van het contract voor hen enig nut behoudt.

Daarnaast is voor zogenaamde 'postcontractuele clausules' een afwijking op het retroactief karakter van de ontbinding aanvaard. Zijn clausules bedongen met de bedoeling om na de beëindiging van het contract van toepassing te blijven (gedurende een bedongen termijn of, zo geen duurtijd is afgesproken, voor een redelijke termijn), dan overleven zij de ontbinding wegens wanprestatie.[266] Men denke onder meer aan schadebedingen voor de aanvullende schadevergoeding bij ontbinding, maar ook aan rechtskeuze- of niet-concurrentiebedingen. In een arrest van 15 januari 2021 heeft het Hof van Cassatie dit nogmaals bevestigd: *"De regel dat de ontbinding van een wederkerige overeenkomst krachtens artikel 1184 oud BW, tot gevolg heeft dat de overeenkomst, in beginsel, met terugwerkende kracht wordt ongedaan gemaakt, sluit niet uit dat contractuele bedingen die tot voorwerp hebben de gevolgen van de ontbinding tussen partijen te regelen, verder uitwerking krijgen".*[267] *In casu* betrof het een clausule die de *in-solidum*-aansprakelijkheid van de architect rechtsgeldig had beperkt. Dit is immers een beding dat de te vergoeden schade beperkt bij niet-nakoming van de verbintenissen door de architect. Het beding is dus ook toepasselijk op de schade die vergoed moet worden als gevolg van de ontbinding. Bijgevolg kan een architect ook nadat het architectencontract (buiten)gerechtelijk ontbonden is, zich nog steeds beroepen op een clausule uit dat contract dat de *in-solidum*-aansprakelijkheid tussen de aannemer en de architect beperkt. De overleving van postcontractuele verbintenissen en clausules bevestigt het Wetsvoorstel Boek 5 in de artikelen 5.96 en 5.114.

44. Begroting van de aanvullende schadevergoeding: vergoeding van positief contractbelang (Cass. 10 september 2020) – De rechtsleer is verdeeld over de begroting van de aanvullende schadevergoeding

264. Zie hiertoe o.m. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 428 e.v.; P.A. FORIERS, "Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive" in B. DUBUISSON en P. WÉRY (eds.), *La mise en vente d'un immeuble*, Brussel, Larcier, 2005, (223) 234-237; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht, Boek 1,* Brugge, die Keure, 2016, nr. 289; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nrs. 677; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2021, 207-208.

265. In die zin, met diverse klemtonen, zie o.m. M. FONTAINE, "La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive" (noot onder Cass. 8 oktober 1987), *RCJB* 1990, 399, nr. 46 e.v.; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 218-221; P.A. FORIERS, "Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive" in B. DUBUISSON en P. WÉRY (eds.), *La mise en vente d'un immeuble*, Brussel, Larcier, 2005, (223) 228-232; I. SAMOY en A. MAES, "De ontbinding van meerpartijenovereenkomsten na het cassatiearrest van 17 november 2008", *TBBR* 2011, 195; J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nr. 299 e.v.; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 434-437; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 289-290; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 728-729; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Laricer, 2021, nrs. 677 e.v.; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2021, 209.

266. Zie hierover: M. FONTAINE, "Les obligations 'survivant au contrat' dans les contrats internationaux", *DPC* 1984, 7; P.A. FORIERS en C. DE LEVAL, "Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles" in J.-F. GERMAIN (ed.), *Questions spéciales en droit des contrats*, JBB, Brussel, Larcier, 2010, (161), nrs. 55-58; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nrs. 489-490; T. VANCOPPERNOLLE, "Het lot van postcontractuele verbintenissen na ontbinding wegens wanprestatie", *TPR* 2015, 125-212; T. TANGHE, "Bepaalde contractuele clausules kunnen de (retroactieve) ontbinding van een overeenkomst 'overleven'" (Cass. 23 oktober 2017), *TBBR* 2018, 286-292; S. JANSEN en S. STIJNS, "Postcontractuele bedingen: overleven zij ook de retroactieve ontbinding van een contract?" (noot onder Cass. 23 oktober 2017), *RW* 2018-19, 421-426; P. WÉRY, "Les clauses postcontractuelles relatives à la résolution d'un contrat" (noot onder Antwerpen 11 februari 2016), *TBH* 2018, 587; V. WITHOFS, "Het cumulverbod tussen ontbinding van de overeenkomst en gedwongen uitvoering" in S. DE REY, N. VAN DAMME en T. GLADINEZ (eds.), *Grenzen voorbij. Liber discipulorum Bernard Tilleman*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (107) 110-111.

267. Cass. 15 januari 2021, C. 20.0163.N. Dit arrest bevestigt een eerdere uitspraak in dezelfde zin: Cass. 23 oktober 2017, C.17.0234.N, *RW* 2018-19, 420, noot S. JANSEN en S. STIJNS, *TBBR* 2018, 285, noot T. TANGHE.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

bij ontbinding.[268] Volgens een eerste opvatting is het negatief contractbelang te vergoeden. De vergoeding wordt dan begroot door een vergelijking te maken tussen de huidige situatie van de schuldeiser en de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien hij *niet* had gecontracteerd. Volgens een tweede strekking is het positief contractbelang te vergoeden. De vergoeding wordt dan begroot door een vergelijking te maken tussen de huidige situatie van de schuldeiser en de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien het contract was *nagekomen.* Naargelang men het ene of het andere contractbelang vergoedt, verschilt de omvang van de schadevergoeding. Zo kan de rechter enkel de gederfde winsten in aanmerking nemen die de schuldeiser uit de uitvoering van het contract kon verwachten indien hij het positief contractbelang vergoedt.[269]

De rechtspraak van het Hof van Cassatie is in dit verband geen toonbeeld van duidelijkheid en voedt op die wijze de discussie in de doctrine. Aan de ene kant oordeelt het Hof van Cassatie immers regelmatig dat uit de ontbinding volgt dat de partijen in dezelfde toestand dienen geplaatst te worden als die *waarin zij zich zouden hebben bevonden indien zij niet hadden gecontracteerd* en dat het ontbonden contract geen grondslag van rechten en verplichtingen van de partijen kan uitmaken, soms met de toevoeging dat een schadevergoeding ten laste van de schuldenaar kan worden gelegd.[270] Deze formule wijst eerder in de richting van de vergoeding van het negatief contractbelang. Aan de andere kant beslist het Hof van Cassatie regelmatig dat de aanvullende schadevergoeding bij ontbinding op grond van artikel 1184, tweede lid oud BW tot doel heeft de schuldeiser te plaatsen in de toestand *waarin hij zich zou hebben bevonden indien de schuldenaar zijn verbintenis was nagekomen.*[271] Deze formule wijst onmiskenbaar in de richting van de vergoeding van het positief contractbelang.

Verschillende auteurs menen dat de tegenstrijdigheid slechts schijnbaar is. Terecht verklaren zij die uiteenlopende beslissingen door de beslissingen die oordelen over het hoofdgevolg van de ontbinding (namelijk de retroactiviteit, en desgevallend over de daaruit voortvloeiende restitutieplichten) te onderscheiden van de beslissingen die zich (ook) uitspreken over de toekenning, bovenop de ontbinding, van een aanvullende schadevergoeding en de begroting ervan.[272] Zo is een *impliciete* bevestiging van dit onderscheid af te leiden uit een arrest van 5 december 2014 dat, enerzijds, aangeeft dat de ontbonden overeenkomst voor de contractpartijen geen grondslag van rechten en verplichtingen kan zijn, maar anderzijds wel preciseert dat die regel geldt *"behoudens het recht op schadevergoeding ten gevolge van de wanprestatie".*[273] Zo spreekt een arrest van 21 april 2016 zich enkel uit over de retroactiviteit en de restitutieplicht, maar maakt het duidelijk een onderscheid met de aanvullende schadevergoeding. Het arrest overweegt dat de ontbinding tot gevolg heeft dat de partijen opnieuw in dezelfde toestand moeten worden geplaatst als die waarin zij zich zouden hebben bevonden indien zij niet gecontracteerd hadden, met de volgende rake toevoeging: *"deze restitutieverplichting strekt niet tot vergoeding van schade die de wederpartij heeft geleden".*[274] In een arrest van 22 juni 2017 keurt het Hof van Cassatie de toekenning van een aanvullende schadevergoeding die overeenstemt met de uit het ontbonden contract verwachtte doch gederfde winst goed, terwijl het terecht de cumul daarvan met het verlies van een kans om die winstderving niet te ondergaan, afwijst.[275] Hoewel in deze rechtspraak een lijn is te ontwaren, zou de rechtspraak van het Hof van Cassatie in deze materie toch aan transparantie kunnen winnen. Tegelijk zou de vergoeding van het positief belang moeten impliceren dat de rechter de kosten moet verrekenen die de benadeelde schuldeiser uitspaart doordat hij zijn verbintenissen niet meer hoeft na te komen.[276]

268. Zie de argumentatie in de ene of de andere zin bij o.a. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, nrs. 417-457 en nrs. 458-469; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nrs. 381 e.v., 438, 443 en 393; S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzage de (niet-)nakoming van contracten" in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, *Themis*, Brugge, die Keure, 2015, (141), nrs. 12-14; B. VERKEMPINCK, "Schadevergoeding bij ontbinding: terechte suprematie van het positieve belang", *TPR* 2017, 1283-1337; V. WITHOFS, "Het cumulverbod tussen ontbinding van de overeenkomst en gedwongen uitvoering" in S. DE REY, N. VAN DAMME en T. GLADINEZ (eds.), *Grenzen voorbij. Liber discipulorum Bernard Tilleman*, Antwerpen, Intersentia, 2020, (107) 117-120; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 681.

269. Hierover o.m. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 399 e.v.; J. BAECK, "Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding", *TBBR* 2016, 303-313; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 301 e.v.; B. VERKEMPINCK, "Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle: l'enjeu au regard de la mesure du préjudice contractuel" in P. WÉRY (ed.) *Les rapports entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle,* CUP, vol. 198, Limal, Anthemis, 2020, (211), nrs. 9-21.

270. In die zin, zie bv. Cass. 24 maart 1972, *Arr.Cass.* 1972, 707, *Pas.* 1972, I, 693, noot en *RW* 1971-72, 2023; Cass. 6 juni 1996, *Arr.Cass.* 1996, 558, *Pas.* 1996, I, 594 en *RW* 1997-98, 1049, noot; Cass. 6 december 2007, *Pas.* 2007, 2251, *RW* 2008-09, 20, noot J. DE CONINCK, *TBBR* 2009, noot J. BAECK, *TBH* 2008, 290 en *TBO* 2008, 28; Cass. 8 februari 2010, *JT* 2010, 349, noot F. BALOT, *Pas.* 2010, 393, concl. J. GENICOT, *RW* 2011-12, 646, noot B. VAN DEN BERGH, *TBBR* 2011, 445, noot A. DE BOECK en *TBO* 2011, 100, concl. J. GENICOT; Cass. 19 mei 2011, *JLMB* 2012, 204, *Pas.* 2011, 1362, concl. GENICOT, *TBBR* 2013, 481 en *TBO* 2011, 166, concl. H. GENICOT.

271. In die zin, zie bv. Cass. 26 januari 2007, C.05.0374.N, *Arr.Cass.* 2007, 216, *Pas.* 2007, 183, *TBBR* 2009, 45 en *TBO* 2008, 8; Cass. 26 januari 2007, C.06.0232.N; Cass. 13 oktober 2011, C.10.0642.N, *Pas.* 2011, 2237 en *Rev. prat.soc.* 2011, 444, concl. G. DUBRULLE, noot D. LECLERCQ; Cass. 5 december 2014, *RABG* 2015, 411, concl. en *TBO* 2015, 95, concl. A. VAN INGELGEM. Zie ook specifiek gericht op de aanvullende schadevergoeding bij huur: Cass. 3 mei 2012, C.11.0340.N, *Arr.Cass.* 2012, 1162, *Pas.* 2012, 992, *Huur* 2012, 204, *TBO* 2012, 205 en *TGR-TWVR* 2012, 264.

272. Bv. S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzage de (niet-)nakoming van contracten" in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, *Themis*, Brugge, die Keure, 2015, (141), nr. 14; B. VERKEMPINCK, "Schadevergoeding bij ontbinding: terechte suprematie van het positieve belang", *TPR* 2017, (1283) nrs. 38 e.v.; B. VERKEMPINCK, "Begroting van schadevergoeding bij retroactieve ontbinding? Vergoeding van de hypothetische toestand van wederzijdse contractnakoming! (noot onder Cass. 10 september 2020), *TBH* 2021, (422) nr. 9.

273. Cass. 5 december 2014, *RABG* 2015, 411, concl. en *TBO* 2015, 95, concl. A. VAN INGELGEM.

274. Cass. 21 april 2016, C.15.0374.N, *TBBR* 2018, 429, noot J. BAECK en *RW* 2017-18, 261.

275. Cass. 22 juni 2017, C.13.0151.F, *JLMB* 2018, 1086 en *T.Gez.* 2018-19, 106, noot M. COEFFE en S. CALLENS.

276. B. VERKEMPINCK, "Begroting van schadevergoeding bij retroactieve ontbinding? Vergoeding van de hypothetische toestand van wederzijdse contractnakoming!" (noot onder Cass. 10 september 2020), *TBH* 2021, (422) nr. 7; J. BAECK, "Voor wie meer wil dan de ontbinding: bijkomende schadevergoeding", *TBBR* 2006, 307; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 1044.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

Met een arrest van 10 september 2020[277] volgt het Hof van Cassatie nu expliciet de tendens om het positief contractbelang te vergoeden, richting die de doctrine eerder al aanwees.[278] Het arrest overweegt als volgt:
"En vertu de l'article 1184, alinéa 2, du Code civil, dans les contrats synallagmatiques, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.
Conformément à l'article 1149 de ce code, les dommages et intérêts dus au créancier sont de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé.
Il s'ensuit qu'en cas de résolution de la convention, celui qui en obtient le bénéfice a droit à des dommages et intérêts destinés à le replacer dans la même situation que si le contrat avait été exécuté.
Le moyen, qui repose sur le soutènement que les dommages et intérêts visent à replacer le créancier dans la même situation que si les parties n'avaient pas conclu le contrat, manque en droit."

Hiermee wijst het Hof van Cassatie een vergoeding van het negatief contractbelang af. Het bevestigt dat de aanvullende schadevergoeding bij een ontbinding onderworpen is aan de regels van de contractuele aansprakelijkheid. Hierdoor maakt de schuldeiser, binnen de grenzen van de artikelen 1150-1151 oud BW, aanspraak op een integrale vergoeding van de schade die hij lijdt uit de toerekenbare tekortkoming en die niet vergoed is door de ontbinding en de restituties *an sich* (*supra* nr. 43).[279] Misschien voelde het Hof van Cassatie zich hiervoor gesterkt door het Wetsvoorstel Boek 5. Artikel 5.90, vierde lid staat namelijk de vergoeding van het positief contractbelang voor. De bepaling is toepasselijk op de drie verschillende ontbindingswijzen en luidt als volgt: *"Indien herstel wordt toegekend ter aanvulling van de ontbinding, strekt dat herstel ertoe de schuldeiser te plaatsen in de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien het contract was uitgevoerd."* De Toelichting verduidelijkt dat die bepaling de vergoeding van het positief contractbelang beoogt, een tendens die de redacteurs menen te kunnen afleiden uit de reeds aangehaalde cassatiearresten, waaronder deze van 5 december 2014 en 21 april 2016.[280] Met het arrest van 10 september 2020 heeft het Hof van Cassatie deze tendens ontegensprekelijk onderschreven.[281]

C. Buitengerechtelijke ontbinding op kennisgeving

1° Aanloop en erkenning

45. Voortrekkersrol van de feitenrechtspraak en de doctrine – De lange en moeizame weg van de erkenning van de *buitengerechtelijke* ontbinding is bekend. Sinds de jaren 1970 lag het verplicht gerechtelijke karakter van de ontbinding onder vuur.[282] De feitenrechtspraak heeft voorzichtig aanvaard dat een schuldeiser het contract op eigen initiatief kon ontbinden, zonder voorafgaand beroep op de rechter en zonder zich te steunen op een wettelijke bepaling of een uitdrukkelijk ontbindend beding.[283] De auteurs die overtuigd waren van deze noodzakelijke evolutie, bogen zich van hun kant over de mogelijke grondslag, voorwaarden en gevolgen van een dergelijke 'buitengerechtelijke' ontbinding.[284] Een historische analyse van de onderscheiden bevoegdheden van de rechter bij de gerechtelijke ontbinding, toonde aan dat een omzeiling van de vereiste van een voorafgaande rechterlijke tussenkomst uit artikel 1184 oud BW en een

277. C.19.0373.F, *JLMB* 2021, 197, *TBBR* 2020, 587, *TBH* 2021, 420, noot B. VERKEMPINCK.
278. Zie o.m. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nrs. 381 e.v. en 393-398; S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzage de (niet-)nakoming van contracten" in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, *Themis*, Brugge, die Keure, 2015, (141), nr. 14; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 301 e.v.; B. VERKEMPINCK, "Schadevergoeding bij ontbinding: terechte suprematie van het positieve belang", *TPR* 2017, 1283-1337; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 730; B. VERKEMPINCK, "Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle: l'enjeu au regard de la mesure du préjudice contractuel" in P. WÉRY (ed.) *Les rapports entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle,* CUP, vol. 198, Limal, Anthemis, 2020, (211) nr. 21; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 681. Zie nochtans voor een ander pleidooi: J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten,* Antwerpen, Intersentia, 2012, nrs. 419 e.v.; M. FONTAINE, "Le droit des contrats à l'écoute du droit comparé" in Y. POULLET, P. WÉRY en P. WYNANTS (eds.), *Liber amicorum Michel Coipel,* Brussel, Kluwer, 2004, 310, nr. 20.
279. Zie in die zin reeds: S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 192, p. 280; S. STIJNS, "La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en oeuvre et ses effets" in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Ed. JBB en ULB, 2000, (375), nr. 52. Zie recent nog: P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 681.
280. MvT, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 107.
281. In die zin ook: B. VERKEMPINCK, "Begroting van schadevergoeding bij retroactieve ontbinding? Vergoeding van de hypothetische toestand van wederzijdse contractnakoming!" (noot onder Cass. 10 september 2020), *TBH* 2021, 422; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 681; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 1043.
282. Voor een samenvattende schets van de zwakheden van de gerechtelijke ontbinding, zie: S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, Boek 1, 2016, Brugge, die Keure, nr. 282 e.v.; S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nr. 6.
283. Vóór 2002, zie bv. Antwerpen 3 juni 1998, *Limb.Rechtsl.* 1998, 223, noot; Antwerpen 25 mei 1998, *AJT* 1999-2000, 197; Antwerpen 30 maart 1993, *Turnh.Rechtsl.* 1993, 53, noot; Bergen 11 december 1991, *RRD* 1992, 211, noot ROLAND; Luik 1 oktober 1991, *T.Aann.* 1993, 302, noot FLAMME; Luik 24 juli 1991, *JT* 1991, 698; Gent 29 april 1988, *RW* 1990-91, 705, noot E. DIRIX; Luik 6 december 1985, *RRD* 1987, 11, noot M. BOURMANNE; Bergen 19 december 1984, *TBH* 1985, 693, noot L. BALLON; Bergen 21 juni 1983, *Pas.* 1983, I, 125 en *RCJB* 1991, 8, noot M. FONTAINE; Brussel 2 juni 1976, *a quo* in Cass. 19 april 1979, *T.Aann.* 1981, 123, noot DE BOCK. Zie ook vlak na 2002: Brussel 9 maart 2004, AR nr. 2593/2000; Antwerpen 24 juni 2002, *Limb.Rechtsl.* 2002, 289, goedkeurende noot P. VANHELMONT.
284. O.m. M. BOURMANNE, noot onder Luik 6 december 1985, *RRD* 1987, 14-25; T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, nrs. 212-245; E. DIRIX, "De eenzijdige ontbinding van overeenkomsten" (noot onder Gent 29 april 1988), *RW* 1990-91, 710; M. FONTAINE, "La mise en oeuvre de la résolution", *RCJB* 1991, (4) nrs. 27, 28, 36-41; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 386-512; S. STIJNS, "La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en oeuvre et ses effets" in *Les obligations contractuelles*, JBB, 2000, (375), nrs. 34-41; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence: les obligations – les sources (1985-1995)", *JT* 1996, (689) nrs. 147-150; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen", *RCJB* 1975, (597) 605 e.v., nrs. 65 en 65*bis*; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen", *RCJB* 1986, (33) nrs. 97-100 en 130; M. VAN RUYMBEKE, "Et si la résolution n'était plus judiciaire...", *RGAR* 1978, nr. 9850/3 *v°*.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

erkenning van de buitengerechtelijke ontbinding enkel *in uitzonderlijke omstandigheden* mogelijk was.[285] Deze omzeiling zou de bestaansreden van de rechterlijke controle op de ontbindingssanctie echter niet aantasten: niet de verplichte, voorafgaande tussenkomst van de rechter is wezenlijk voor de ontbinding, maar de *controlemogelijkheid voor de rechter* op de redelijkheid van de ontbindingssanctie, ongeacht of dit nu *vooraf of achteraf* gebeurt.

Hierop voortbouwend kon een meerderheid zich vinden in de volgende strikte toepassingsvoorwaarden voor het uitzonderingsregime van de buitengerechtelijke ontbinding[286]: 1° op het ogenblik dat de schuldeiser tot buitengerechtelijke ontbinding beslist moet een voldoende ernstige toerekenbare tekortkoming in een wederkerig contract voorhanden zijn die een gerechtelijke ontbinding zou rechtvaardigen; 2° moet de uitstelbevoegdheid van de rechter wegens *uitzonderlijke omstandigheden* nutteloos of onmogelijk zijn geworden (bv. door hoogdringendheid, vertrouwensbreuk, schadebeperkingsplicht, …); 3° moet de schuldeiser een kennisgeving richten tot zijn schuldenaar waarin hij zijn ontbindingsbeslissing op een ondubbelzinnige wijze kenbaar maakt en waarin hij het motief opgeeft (nl. de verweten toerekenbare niet-nakoming); 4° moet de schuldeiser te goeder trouw handelen (waardoor hij bv. vooraf een ingebrekestelling met een laatste uitvoeringstermijn verzendt of redelijke voorzorgmaatregelen neemt om een rechterlijke controle *a posteriori* mogelijk te maken). Deze voorwaarden kregen navolging in veel feitenrechtspraak.[287] Ook in de doctrine klonk de oproep tot erkenning van de buitengerechtelijke ontbinding alsmaar luider.[288]

46. De cassatiearresten van 2002 en 2009: schoorvoetende aanvaarding? – In twee arresten van 2 mei 2002 diende het Hof van Cassatie zich uit te spreken over beslissingen ten gronde die een buitengerechtelijke ontbinding hadden bekrachtigd en die in cassatie werden aangevochten wegens schending van artikel 1184 oud BW.[289]

In beide gevallen verwierp het Hof van Cassatie het cassatieberoep en aanvaardde het dus dat de ontbinding wegens wanprestatie buitengerechtelijk kan verlopen. Maar de motivering van beide cassatiearresten was erg dubbelzinnig en leidde tot controverse in de doctrine en onzekerheid in de praktijk. In het arrest van 16 februari 2009 herneemt het Hof van Cassatie zijn dubbelzinnige redenering: artikel 1184, derde lid oud BW staat er niet aan in de weg dat een contractpartij bij een wederkerig contract, op eigen gezag en risico, beslist haar verbintenissen niet uit te voeren en kennis geeft aan de wederpartij dat zij het contract '*als beëindigd beschouwt*'.[290] Het arrest van 16 februari 2009 preciseerde terecht twee toepassingsvoorwaarden[291], een verfijning die mogelijk in de richting van een erkenning kon duiden. Volgens het arrest kan de rechter bij een latere beoordeling van de eenzijdige ontbindingsbeslissing oordelen dat de schuldeiser geen fout heeft begaan door eenzijdig het contract als beëindigd te beschouwen; er is echter wel een fout begaan indien de wanprestatie op zich niet van aard was een gerechtelijke ontbinding te rechtvaardigen of indien een ingebrekestelling achterwege werd gelaten terwijl ze nog nuttig was. Spijtig genoeg herhaalt dit arrest de dubbelzinnige overweging uit 2002 dat de *a-posteriori*-beoordeling van de rechter in een vordering tot *gerechtelijke* ontbinding kadert. Net als in 2002 wordt de voorwaarde van 'uitzonderlijke omstandigheden', die in de feitenrechtspraak nochtans gangbaar was, niet opgepikt. Over de interpretatie van deze arresten bleven de meningen dan ook verdeeld.[292] Dit deed de rechtszekerheid geen deugd. Doctrine was kritisch en riep op tot klaarheid.[293]

285. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 386-512. Voor een beknopte samenvatting, zie S. STIJNS, "De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend", *TBBR* 2003, (258) nrs. 6-9 en nrs. 28-30.

286. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 457-512; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht, Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016, nr. 287; S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nr. 7.

287. Zie de analyse van de rechtspraak door S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzake (niet-)nakoming van contracten" in S. STIJNS (ed.), *Themis verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2015, (141) nrs. 10-11.

288. In die zin bv. A. VAN OEVELEN, "Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen", *RW* 1994-95, (793) nr. 58; V. PIRSON, "Les clauses relatives à la résolution des contrats" in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, die Keure, 2001, (93) nr. 12; A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht", *RW* 2004-05, (1641) 1658-1659; P. WÉRY, "Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles" in P. WÉRY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le Bicentenaire du Code civil*, Brugge, die Keure, 2004, (294) nr. 63.

289. Cass. 2 mei 2002, C.01.0185.N, *Arr.Cass.* 2002, 1177, *Pas.* 2002, 1051, *RCJB* 2004, 293, noot P. WÉRY en *TBBR* 2003, 339; Cass. 2 mei 2002, C.99.0277.N, *Arr.Cass.* 2002, 1167, *NJW* 2002, 24, noot, *Pas.* 2002, 1046, *RCJB* 2004, 291, *RW* 2002-03, 501, noot A. VAN OEVELEN en *TBBR* 2003, 337.

290. Cass. 16 februari 2009, C.08.0043.N, *Arr.Cass.* 2009, 537, *JT* 2010, 352, noot M. DUPONT, *Pas.* 2009, 485, *RW* 2011-12, 1843, noot J. BAECK, *TBH* 2009, 722 en *TBO* 2009, 245, noot.

291. Wat de doctrine goedkeurt: M. DUPONT, "La résolution unilatérale: (encore) une occasion manquée pour la Cour de cassation" (noot onder Cass. 16 februari 2009), *JT* 2010, (341) 343-345; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations in Traité de droit civil,* Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 591.

292. Zie voor een overzicht van de verschillende visies en voor de verdere navolging in de rechtspraak: S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nrs. 10-11 (de visies) en nrs. 12-13 (de toepassingen in de rechtspraak).

293. Chronologisch, zie o.m. A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RW* 2002-03, (503) nrs. 2-3; M. DUPONT, "La résolution unilatérale: (encore) une occasion manquée pour la Cour de cassation" (noot onder Cass. 16 februari 2009), *JT* 2010, (341) 343-345; S. STIJNS, "De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend", *TBBR* 2003, 258 e.v.; P. WÉRY, "La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise? (noot onder Cass. 2 mei 2002)", *RCJB* 2004, (300) nr. 33; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil,* Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 591; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 362; S. JANSEN, "Actuele ontwikkelingen inzake (niet-) nakoming van contracten" in S. STIJNS (ed.), *Themis verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2015, (141) nr. 9.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

47. Erkenning van de ontbinding op kennisgeving (Cass. 23 mei 2019) – Na de moeizame voorgeschiedenis heeft het Hof van Cassatie, met een principepsarrest van 23 mei 2019[294], de 'ontbinding op kennisgeving' eindelijk erkend.[295] Krachtens dit arrest kan de schuldeiser voortaan, in geval van een voldoende ernstige wanprestatie die een gerechtelijke ontbinding rechtvaardigt, op eigen risico beslissen het wederkerig contract (*in casu* een dading) te ontbinden *door een loutere kennisgeving aan de schuldenaar.* Deze ontbinding vormt een eenzijdige rechtshandeling die uitwerking heeft tot op het ogenblik dat een rechter deze beslissing onwerkzaam heeft verklaard. Men kan dus spreken van een ondubbelzinnige aanvaarding van de 'ontbinding op kennisgeving', benaming die wellicht ontleend is aan artikel 5.93 Wetsvoorstel Boek 5. Het belang van dit arrest, de voorwaarden en de rechtsgevolgen van de ontbinding op kennisgeving krijgen hierna duiding, nadat we de feiten en de uitspraak schetsen.

De feiten die aanleiding gaven tot dit mijlpaalarrest zijn samen te vatten als volgt. Het hof van beroep te Brussel wees op 11 december 2012 een arrest (dat in cassatie zal worden bestreden) in een geschil tussen de NV Ice (hierna: 'Ice') en de vennootschap naar Deens recht Lego Juris A/S (hierna: 'Lego'). Hierin krijgt Ice het verbod opgelegd om gebruik te maken van tekens die vergelijkbaar zijn met de beschermde tekens van Lego. In de nasleep van dit arrest, sluiten partijen een dading met in haar preambule de bepaling dat partijen, door de overeenkomst te sluiten, een volledige en sluitende schikking treffen over hun geschillen. In artikel 1.1 aanvaardt Ice om in de uitspraak van het hof van beroep van Brussel te berusten. Later verwijt Lego aan Ice het plegen van inbreuken op de dading en gaat Lego zelfs over tot de betekening van het arrest van het hof van beroep te Brussel om de daarin uitgesproken verbodsbepalingen te doen respecteren. Ice reageert met de stelling dat dit een schending uitmaakt van de dading en geeft per brief kennis aan Lego van de ontbinding van de dading wegens hoogdringendheid. Ice gaat ervan uit dat zij de dading ontbonden heeft, zodat zij meent niet langer te moeten berusten in het arrest van het hof van beroep. Zij beslist, teneinde haar rechten te vrijwaren, om haar veroordeling in dat arrest aan te vechten en stelt een voorziening in cassatie in. Lego voert hiertegen een middel van onontvankelijkheid aan omdat Ice, krachtens artikel 1.1 van de dading, in het arrest van het hof van beroep van Brussel had berust. In haar antwoord laat Ice gelden dat zij het contract op eigen risico buitengerechtelijk mocht ontbinden en dat dit ook geldt bij een dading. De Franstalige sectie van de Eerste Kamer van het Hof van Cassatie geeft Ice gelijk en besluit in zijn arrest van 23 mei 2019 tot de ontvankelijkheid van de voorziening. Het Hof komt tot dit besluit met de volgende overwegingen:

"Een dading is een wederkerige overeenkomst waarop artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing is.

Krachtens artikel 1184, derde lid, van dat wetboek, moet de ontbinding van een wederkerige overeenkomst wegens wanprestatie in rechte worden gevorderd.

Deze regel staat er niet aan in de weg dat in geval van een voldoende ernstige wanprestatie die een gerechtelijke ontbinding rechtvaardigt, de schuldeiser beslist op eigen risico het contract te ontbinden door een kennisgeving aan de schuldenaar.

Deze eenzijdige rechtshandeling tot ontbinding heeft uitwerking tot op het ogenblik dat een rechter deze beslissing onwerkzaam heeft verklaard."

Men kan het belang van dit arrest moeilijk overschatten. In deze uitspraak erkent het Hof van Cassatie immers in transparante en precieze bewoordingen de ontbinding op kennisgeving. Het arrest gaat ook in op de toepassingsvoorwaarden en de rechtsgevolgen van een dergelijke ontbinding. Volgens de bewoordingen van het arrest, mag een schuldeiser voortaan, op eigen risico, zelf '*beslissen'* om een wederkerig contract te ontbinden door een '*kennisgeving'* van zijn beslissing aan de schuldenaar; voortaan is deze beslissing een '*eenzijdige rechtshandeling tot ontbinding*' die rechtsgevolgen heeft tot op het ogenblik dat een rechter deze beslissing '*onwerkzaam'* verklaart.

Het Hof van Cassatie wijst deze beslissing in algemene bewoordingen, zodat deze ontbindingswijze toe te voegen is aan de lijst van gemeenrechtelijk sancties. Hierdoor bevindt deze ontbindingswijze zich *op dezelfde hoogte als de gerechtelijke ontbinding* uit artikel 1184 oud BW.[296] Wellicht is deze uitspraak niet alleen geïnspireerd door het Wetsvoorstel Boek 5 (*infra* nr. 50), maar ook door artikelen 1224 en 1226 van de hervormde Franse *Code civil* waarin de drie ontbindingswijzen op dezelfde hoogte worden geplaatst, zonder extra voorwaarden voor de ontbinding op kennisgeving. Wanneer de ontbinding op kennisgeving

294. Cass. 23 mei 2019, C.16.0254.F, *JT* 2020, 26, noot S. STIJNS en P. WÉRY, *TBBR* 2019, 474, noot S. STIJNS en S. JANSEN, *TBH* 2020, 497, noot S. VAN LOOCK.

295. In de zin van een ondubbelzinnige erkenning: S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nr. 20; S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) nr. 4; S. VAN LOOCK, "Het Hof van Cassatie erkent de buitengerechtelijke ontbinding: driemaal is scheepsrecht", *TBH* 2020, 499-512; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 1016; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier 2021, nr. 794; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2021, 200.

296. In die zin: S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nrs. 21 en 23; S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) nr. 4 en nr. 5; S. SOMERS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding door kennisgeving aan de schuldenaar aanvaard: 'Bezint eer ge ontbindt!'" (noot onder Cass. 11 december 2020), *TBH* 2021, (441) nr. 8. Zie ook de redenering ontwikkeld in de MvT, die steunt op de omvangrijke rechtspraak ten gronde en de doctrine, evenals op buitenlandse wetgeving en de *soft law*: MvT, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 106 en p. 115-119.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

immers een wettelijke verankering heeft, hoeven uitzonderlijke omstandigheden geen afwijking van artikel 1184 oud BW meer te rechtvaardigen, zodat zij dan tot het wettelijk regime behoort.[297] Deze analyse wordt nog versterkt door de vaststelling dat het arrest van 23 mei 2019 de voorwaarde van de aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden die de uitstelbevoegdheid nutteloos of onmogelijk maakt, niet noemt. Hierdoor is de ontbinding op kennisgeving voortaan geen uitzonderingsregime meer, maar een 'derde weg' om een contract te ontbinden, op voet van gelijkheid met de gerechtelijke ontbinding en de ontbinding op basis van een uitdrukkelijk ontbindend beding. Het valt alleen te betreuren dat het Hof van Cassatie de kans niet greep om een aanwijzing te geven over de grondslag van de ontbinding op kennisgeving, in afwachting van een wettelijke basis aangereikt door Boek 5.[298]

Een ander aandachtspunt is dat het cassatiearrest bevestigt dat het ontbindingsrecht uit artikel 1184 oud BW van toepassing is op de *dading*, die immers een wederkerig contract is. Dit is een bevestiging van eerdere cassatierechtspraak.[299] Nieuw is dat het Hof van Cassatie zijn redenering doortrekt om ook de ontbinding op kennisgeving toepasbaar te maken op de dading. Het pleidooi hiertoe in de doctrine[300], krijgt nu terecht navolging in de cassatierechtspraak. Dit is evident, aangezien ook uitdrukkelijk ontbindende bedingen toegelaten zijn in een dading.[301]

2° Voorwaarden

48. Voorwaarden voor ontbinding op kennisgeving: vandaag – Zonder een systematische opsomming van alle toepassingsvoorwaarden voor de ontbinding op kennisgeving in het cassatiearrest van 23 mei 2019 te lezen, zijn er wel de drie herkenbare basisvoorwaarden uit af te leiden[302]: er moet sprake zijn van 1° een *wederkerig contract*; 2° een *voldoende ernstige wanprestatie* die de gerechtelijke ontbinding rechtvaardigt; en 3° een *kennisgeving* aan de schuldenaar.
Het arrest vernoemt de *ingebrekestelling* niet als voorwaarde. Dit betekent niet dat deze opzij wordt geschoven.[303] Uiteraard blijft de algemene gedragsnorm gelden dat uitvoering en beëindiging van het contract te goeder trouw moeten gebeuren, zodat de voorwaarden van een ingebrekestelling en van eventueel andere voorzorgsmaatregelen in principe toepasselijk blijven.[304] Het cassatiearrest van 16 februari 2009 herinnerde trouwens wel nog aan de vereiste van een ingebrekestelling indien zij nog nuttig gevolg heeft, wat in de context van het cassatiearrest van 23 mei 2019 niet meer het geval was.[305]

De *kennisgeving* is een beslissend element voor een geldige buitengerechtelijke ontbinding en wordt al langer zowel door de rechtspraak als door de rechtsleer gehanteerd. In het arrest van 23 mei 2019 wordt het constitutief karakter van de kennisgeving voor de ontbinding voor het eerst duidelijk vooropgesteld.[306] Het arrest noemt de beslissing tot ontbinding immers terecht een 'eenzijdige rechtshandeling tot ontbinding' ('*un acte unilatéral de résolution*') en preciseert dat deze rechtshandeling uit zichzelf rechtsgevolgen teweegbrengt tot op het ogenblik dat een rechter deze beslissing onwerkzaam verklaart. Zij is meer bepaald een *mededelingsplichtige* eenzijdige rechtshandeling. Dit betekent dat de kennisgeving ervan wezenlijk is omdat de rechtshandeling, *in casu* de ontbinding, pas uitwerking krijgt vanaf het tijdstip dat de schuldenaar er kennis van heeft genomen of er redelijkerwijze kennis van had kunnen nemen. Men kan niet voldoende benadrukken dat wanneer een schuldeiser een contract buitengerechtelijk wil ontbinden, hij zijn wilsuiting ter kennis moet brengen van de schuldenaar, wil

297. Zijn er evenwel uitzonderlijke omstandigheden voorhanden, in een concreet geval, dan vergemakkelijken zij nog steeds de motivering van de ontbinding. Zie: S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nr. 23.
298. S. VAN LOOCK, "Het Hof van Cassatie erkent de buitengerechtelijke ontbinding: driemaal is scheepsrecht", *TBH* 2020, (499) nrs. 31-35; S. SOMERS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding door kennisgeving aan de schuldenaar aanvaard: 'Bezint eer ge ontbindt!'" (noot onder Cass. 11 december 2020), *TBH* 2021, (441) nr. 8.
299. Zie Cass. 6 april 1977, *Arr.Cass.* 1977, 844, *RW* 1977-78, 1131, noot en *Pas.* 1977, 836.
300. B. TILLEMAN, I. CLAEYS, C. COUDRON en K. LOONTJENS, *Dading* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 2000, nr. 976; A. RIGOLET, "La convention de transaction: entre ombre et lumière, le régime d'un contrat particulier" in B. KOHL (ed.), *Les contrats spéciaux: développements récents*, Limal, Anthémis, 2018, (211) 256, nr. 57; A. CATALDO en C. DELFORGE, "Le contrat de transaction: chronique de jurisprudence (2008-2018)" in F. GEORGE en P. WÉRY (eds.), *Actualités en droit des contrats spéciaux*, Limal, Anthémis, 2019, (201) 250, nr. 73. De eenzijdige opzegging van een dading is daarentegen niet mogelijk ook al is de dading van onbepaalde duur: Cass. 10 november 2016, C.16.0142.F, *JLMB* 2017, 1600.
301. Zie o.m. P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil,* Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 584; A.L. VERBEKE, B. TILLEMAN en V. SAGAERT, *Vermogensrecht in kort bestek,* Antwerpen, Intersentia, 2020, 505, nr. 1274; A. RIGOLET, "La convention de transaction: entre ombre et lumière, le régime d'un contrat particulier" in B. KOHL (dir.), *Les contrats spéciaux: développements récents*, Limal, Anthémis, 2018, (211) 256, nr. 57.
302. S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nr. 22-23; S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) nr. 5.
303. Ibid.
304. De voorzorgsmaatregelen die de schuldeiser best neemt, hebben vooral belang op het vlak van de bewijsvergaring en de eventuele, latere bewijsvoering: S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) nr. 5.
305. Zie voor gevallen waarin de buitengerechtelijke ontbinding niet bevestigd werd door de rechter omdat de noodzaak van een ingebrekestelling miskend was: Antwerpen 1 juni 2017, *Jb.Markt.* 2017, 358; Luik 24 november 2016, *JLMB* 2017, 1625.
306. De doctrine van haar kant wijst hier al langer op: S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 485; S. STIJNS, "De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend", *TBBR* 2003, (258) nrs. 31-33; S. STIJNS, "La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation" in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, JBB, 2008, (325) nr. 36; A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RW* 2002-2003, (501) nr. 7; M. DUPONT, "La résolution unilatérale: (encore) une occasion manquée pour la Cour de cassation" (noot onder Cass. 16 februari 2009), *JT* 2010, (341) 344; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil,* Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 591; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, 2019, nr. 738; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 1018; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nrs. 755 en 791.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

hij dat zijn ontbindingsbeslissing uitwerking krijgt. Deze regels zijn niet anders bij de inwerkingstelling van een uitdrukkelijk ontbindend beding.[307]

49. Bevestiging en verfijning van voorwaarden: uitdrukkelijke kennisgeving (Cass. 11 december 2020) – In een arrest van 11 december 2020[308] bevestigt het Hof van Cassatie het arrest van 23 mei 2019. Toch draagt deze bevestiging ook een vernieuwing in zich, meer in het bijzonder omdat het Hof van Cassatie zich in het arrest van 11 december 2020 uitspreekt over de modaliteiten van de kennisgeving.

De eiser in cassatie voerde in zijn eerste middel aan dat *"een contractpartij, door haar houding, te kennen (kan geven) dat zij de overeenkomst eenzijdig beëindigt"*. Hij meende dat het contract buitengerechtelijk ontbonden was wanneer hij de schuldenaar vroeg om zijn toegangscode en badges in te leveren, en hem ook de toegang tot zijn kantoren ontzegde. Bovendien argumenteerde de eiser dat een uitdrukkelijke motivering op het ogenblik van de eenzijdige ontbindingsbeslissing niet vereist is. Volgens de eiser zou het volstaan dat een schuldeiser zijn (stilzwijgende) wilsuiting later kan rechtvaardigen bij een *a-posteriori*-controle door de rechter.[309] Het Hof van Cassatie moest zich derhalve buigen over de vraag of de vereiste kennisgeving *stilzwijgend* kan plaatsvinden. Het antwoord van het Hof luidt negatief:

"Krachtens artikel 1184, derde lid, van dat wetboek moet de ontbinding in rechte worden gevorderd.

Deze regel strekt ertoe, bij afwezigheid van een uitdrukkelijk ontbindend beding, in het belang van de rechtszekerheid en de billijkheid de ontbinding te onderwerpen aan de toetsing door de rechter.

Deze regel staat niet eraan in de weg dat, in geval van een wanprestatie die voldoende ernstig is om de gerechtelijke ontbinding te rechtvaardigen, de schuldeiser de overeenkomst op eigen risico kan ontbinden door daarvan uitdrukkelijk kennis te geven aan de schuldenaar.

De ontbinding van de overeenkomst op eigen risico kan derhalve geen uitwerking krijgen zonder kennisgeving daarvan aan de schuldenaar.

Het middel dat er geheel van uitgaat dat artikel 1184 Oud Burgerlijk Wetboek niet eraan in de weg staat dat een contractpartij door haar houding en derhalve stilzwijgend te kennen kan geven dat zij de overeenkomst eenzijdig beëindigt, faalt naar recht."

Vooreerst valt op dat na de Franstalige sectie van de Eerste Kamer in het arrest van 23 mei 2019, nu ook de Nederlandstalige sectie van dezelfde kamer de buitengerechtelijke ontbinding 'op kennisgeving' aanvaardt, onder dezelfde voorwaarde dat een voldoende ernstige wanprestatie voorhanden is die een gerechtelijke ontbinding zou rechtvaardigen. De bewoordingen van dit arrest zijn haast identiek aan die uit het cassatiearrest van 23 mei 2019. Het komt ons voor dat beide arresten, in tegenstelling tot de eerdere rechtspraak uit 2002 en 2009, elke twijfel wegnemen: de ontbinding op kennisgeving is erkend als een derde, volwaardige ontbindingswijze die op voet van gelijkheid staat met de gerechtelijke ontbinding uit artikel 1184 oud BW en de ontbinding krachtens een uitdrukkelijk ontbindend beding.[310] Van een uitzonderingsregime is geen sprake meer, nu het Hof van Cassatie in het arrest van 11 december 2020 wederom geen 'uitzonderlijke omstandigheden' vereist om de buitengerechtelijke ontbinding op kennisgeving toe te laten.

Verder geeft het Hof van Cassatie in het arrest van 11 december 2020 twee waardevolle preciseringen die belangrijk zijn voor de praktijk. Enerzijds oordeelt het Hof dat de *kennisgeving noodzakelijk* is voor de ontbinding en, anderzijds, dat die kennisgeving niet stilzwijgend maar *uitdrukkelijk* moet zijn. Dat een kennisgeving een noodzakelijke voorwaarde is om een wederkerig contract buitengerechtelijk te kunnen ontbinden, blijkt duidelijk uit de voorlaatste overweging waarin het Hof stelt dat de ontbinding van het contract geen uitwerking kan krijgen zonder dat de schuldenaar op de hoogte wordt gebracht van de ontbindingsbeslissing van zijn schuldeiser. Men kon uit het arrest van 23 mei 2019 reeds afleiden dat het Hof van Cassatie rechtsgevolgen verbond aan de kennisgeving, aangezien het toen al overwoog dat de kennisgeving een eenzijdige rechtshandeling tot ontbinding vormt die uitwerking heeft tot op het ogenblik dat een rechter deze onwerkzaam verklaart. Wij benadrukten reeds dat deze overweging wijst op het constitutief karakter dat bij een buitengerechtelijke ontbinding aan de kennisgeving toekomt (*supra* nr. 48). Concreet betekent dit dat de ontbindingsbeslissing van de schuldeiser pas uitwerking kan krijgen ten aanzien

307. O.a. S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, Themis nr. 95, Brugge, die Keure, 2015, (79) nr. 46; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht, Boek 1,* Brugge, die Keure, 2016, nr. 279; S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nr. 25; S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) nr. 5; S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 46; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, 2019, nr. 738; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nrs. 755 en 990; S. STIJNS en S. DE REY, "Het uitdrukkelijk ontbindend beding in een compromis voor onroerende koop", *T.Not.* 2021, (729) nr. 22.

308. Cass. 11 december 2020, C.20.0210.N, *TBH* 2021, 433, noot S. SOMERS en S. JANSEN, *NJW* 2021, 540, noot C. LEBON en *TBO* 2020, 518.

309. Voor een schets van de complexe onderliggende feiten en de procesvoorgaanden, verwijzen wij naar: S. SOMERS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding door kennisgeving aan de schuldenaar aanvaard: 'Bezint eer ge ontbindt!'" (noot onder Cass. 11 december 2020), *TBH* 2021, (441) nrs. 2-3; S. STIJNS en S. DECLERCQ, "De ontbinding op kennisgeving: het Hof van Cassatie bevestigt dat het kan en zegt nu ook hoe het moet", *TBBR* 2022**,** te verschijnen, nrs. 3-7.

310. In die zin: S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 8; S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nrs. 20-21 en 23; S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) nr. 4.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

van de bestemmeling, zijn schuldenaar, wanneer deze laatste kennis neemt of er redelijkerwijze kennis had kunnen nemen van die beslissing van zijn schuldeiser. De kennisgevingsvereiste wegbedingen is om die reden dan ook niet mogelijk.[311] Beide manieren om te beslissen tot een buitengerechtelijke ontbinding – op loutere kennisgeving of op basis van een uitdrukkelijk ontbindend beding – veronderstellen immers een beslissing van de schuldeiser. Zij vormen steeds eenzijdige, *mededelingsplichtige* rechtshandelingen.[312] Dit betekent dat de wilsuiting de bestemmeling moet bereiken om uitwerking te hebben.[313]

Het arrest bevat ook een tweede precisering: die noodzakelijke kennisgeving moet *uitdrukkelijk* zijn. Daarmee sluit het Hof van Cassatie een stilzwijgende kennisgeving uit. In beginsel kan een wilsuiting, bijvoorbeeld bij het sluiten van consensuele contracten, zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend gebeuren[314], tenzij de wet anders bepaalt. De wilsuiting is uitdrukkelijk wanneer zij blijkt uit een handeling die speciaal wordt verricht om de wil tot uiting te brengen, terwijl zij stilzwijgend is wanneer ze niet blijkt uit een doelgerichte handeling, maar men de wilsuiting kan afleiden uit een gedraging (handelen of stilzitten) die voor geen andere interpretatie vatbaar is.[315] Voor de kennisgeving gelden dezelfde regels: uit de wilsautonomie volgt dat een kennisgeving van een beslissing zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend kan plaatsvinden. Is de bestemmeling direct en onmiddellijk van de wil van de kennisgever op de hoogte, gaat het om een uitdrukkelijke kennisgeving, terwijl zij stilzwijgend is wanneer de bestemmeling de wilsuiting van de kennisgever moet afleiden uit bepaalde feiten of gedragingen die bovendien voor geen enkele andere interpretatie vatbaar mogen zijn.[316] Welnu, uit de laatste overweging van het cassatiearrest van 11 december 2020 blijkt dat de schuldeiser zijn ontbindingsbeslissing *niet stilzwijgend – i.c.* door louter een bepaalde houding aan te nemen – ter kennis kan brengen van zijn schuldenaar. Hoewel dit arrest geen verdere aanwijzing bevat over de precieze reden om een uitdrukkelijke kennisgeving te vereisen, is de hoofdreden naar ons oordeel te vinden in de verplichting, in hoofde van de schuldeiser, om zijn ontbindingsbeslissing te *motiveren*. Die motivering die noodzakelijk moet verwijzen naar de verweten toerekenbare niet-nakoming, wordt niet alleen vereist bij een ontbinding op kennisgeving, maar ook bij een uitdrukkelijk ontbindend beding.[317] Het lijkt logisch om de vereiste van uitdrukkelijkheid geformuleerd in het cassatiearrest van 11 december 2020 voor de ontbinding op kennisgeving, per analogie toe te passen op de kennisgeving bij de inwerkingstelling van een uitdrukkelijk ontbindend beding.[318] De motiveringsplicht dient immers bij beide buitengerechtelijke ontbindingswijzen de belangen van de schuldenaar die moet kunnen nagaan waarom het contract wordt ontbonden en of er redenen zijn om dit aan te vechten. Maar ook de rechter die *a posteriori* gevat wordt van een betwisting van de ontbinding, moet enig houvast hebben om daadwerkelijk de regelmatigheid en de rechtmatigheid van die buitengerechtelijke ontbinding te controleren.[319] Artikelen 5.92 en 5.93 Wetsvoorstel Boek 5 bevestigen de vereiste van een motivering die verwijst naar de verweten niet-nakoming voor beide buitengerechtelijke ontbindingswijzen.[320]

311. Vinden dit terecht onmogelijk: S. SOMERS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding door kennisgeving aan de schuldenaar aanvaard: 'Bezint eer ge ontbindt!'" (noot onder Cass. 11 december 2020), *TBH* 2021, (441) nr. 17; F. PARREIN, "Ontbindingsclausules" in G.L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYN, B. TILLEMAN en A.-L. VERBEKE (eds.), *Contractuele clausules. Koop. Gemeen recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, (427) 453; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 738. Vindt het niet onmogelijk maar onwenselijk: J. BAECK, "(Feitelijk?) vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten", *TPR* 2008, (321) 348, nr. 35.

312. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 350 en 484; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 359.II; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 279; (476) 489, nr. 25; S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), TBBR 2019, (476), nr. 25; S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation" (noot onder Cass. 23 mei 2019), JT 2020, (21) nr. 5; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nrs. 738 en 749; S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", Comm.Bijz.Ov., Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 46; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nrs. 755, 790 en 795; S. SOMERS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding door kennisgeving aan de schuldenaar aanvaard: 'Bezint eer ge ontbindt!'" (noot onder Cass. 11 december 2020), TBH 2021, (441) nrs. 13-14.

313. Zie in die zin ook art. 1.4 Wetsvoorstel Boek 1 ("Een wilsuiting is uitdrukkelijk of stilzwijgend. Een wilsuiting is mededelingsplichtig wanneer zij een bepaalde persoon moet bereiken om uitwerking te hebben. Zij kan worden ingetrokken zolang zij de bestemmeling niet heeft bereikt") en art. 1.5, eerste en tweede lid Wetsvoorstel Boek 1 ("Een kennisgeving is de mededeling van een beslissing of een feit verricht door een persoon aan een of meer bepaalde personen. De kennisgeving bereikt de bestemmeling wanneer deze ervan kennis neemt of er redelijkerwijze kennis van had kunnen nemen. (…)"). Over dit begrip, zie bv. G. CERQUEIRA, "Le critère de qualification de l'acte juridique réceptice" in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, Parijs, LexisNexis, 2018, 143-181; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Brussel, Larcier, 2016, nrs. 16-17.

314. P.A. FORIERS, "Exposé introductif: acte unilatéral et contrat, constatations et réflections" in *La volonté unilatérale dans le contrat*, JBB, 2008, (5) nr. 21; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 2, Brussel, Larcier, 2016, nr. 14.

315. S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 96; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2021, 113.

316. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Parijs, 1951, nr. 175. Zie hierover meer bij: S. STIJNS en S. DECLERCQ, "De ontbinding op kennisgeving: het Hof van Cassatie bevestigt dat het kan en zegt nu ook hoe het moet", *TBBR* 2022, te verschijnen, nr. 12 e.v.

317. S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nrs. 50-51; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht,* Boek 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 279; S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, Themis nr. 95, Brugge, die Keure, 2015, (79) nr. 47; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 738; S. SOMERS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding door kennisgeving aan de schuldenaar aanvaard: 'Bezint eer ge ontbindt!'" (noot onder Cass. 11 december 2020), *TBH* 2021, (441) nr. 16; S. STIJNS en S. DE REY, "Het uitdrukkelijk ontbindend beding in een compromis voor onroerende koop", *T.Not.* 2021, (729) nr. 24. Zie hierover meer bij: S. STIJNS en S. DECLERCQ, "De ontbinding op kennisgeving: het Hof van Cassatie bevestigt dat het kan en zegt nu ook hoe het moet", *TBBR* 2022**,** te verschijnen, nrs. 16-24.

318. In die zin al: S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nrs. 46 en 48.

319. Uitvoeriger over het meerzijdige nut van de motivering: S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 50; S. STIJNS en S. DECLERCQ, "De ontbinding op kennisgeving: het Hof van Cassatie bevestigt dat het kan en zegt nu ook hoe het moet", *TBBR* 2022**,** te verschijnen, nrs. 16-27 (waar gewezen wordt op het onderscheid met de kennisgeving van een opzeggingsbeslissing).

320. Ook de rechtspraak vereist nadere uitleg over het motief van de ontbinding in de kennisgeving. Zo bv. Brussel 12 januari 2018, *JLMB* 2019, 1281; Luik 15 februari 2008, *JLMB* 2008, 1191; Luik 23 november 2004, *TBH* 2005, 962.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

Waarover het arrest zich niet uitspreekt, is de vraag of de uitdrukkelijke kennisgeving ook noodzakelijk *schriftelijk* dient te gebeuren.[321] Het cassatiearrest van 11 december 2020 vereist enkel een *uitdrukkelijke* kennisgeving, terwijl het Wetsvoorstel Boek 5 voor beide wijzen van buitengerechtelijke ontbinding – op loutere kennisgeving (art. 5.92) en krachtens een ontbindend beding (art. 5.93) – een *schriftelijke* kennisgeving vereist (*infra* nr. 50). In het geldende recht zou een uitdrukkelijke *mondelinge* kennisgeving dus kunnen volstaan.[322] Toch is een schriftelijke kennisgeving voor elke wijze van buitengerechtelijke ontbinding ook vandaag al aangewezen met het oog op de bescherming van de schuldenaar en de bewijsvoering bij betwisting tussen contractanten.[323]

50. Voorwaarden voor ontbinding op kennisgeving: morgen – De basisvoorwaarden uit de cassatiearresten van 23 mei 2019 en 11 december 2020 zijn terug te vinden in artikel 5.93 Wetsvoorstel Boek 5: "*Nadat hij nuttige maatregelen heeft genomen om de niet-nakoming van de schuldenaar vast te stellen, kan de schuldeiser het contract, op eigen risico, ontbinden door middel van een schriftelijke kennisgeving aan de schuldenaar. Die vermeldt de tekortkomingen die hem worden verweten*."

Het Hof van Cassatie heeft zich wellicht laten inspireren door de tekst van het Wetsvoorstel Boek 5, maar heeft deze niet slaafs overgenomen. Het valt immers op dat artikel 5.93 bijkomende voorwaarden formuleert die de cassatiearresten van 23 mei 2019 en 11 december 2020 niet vermelden. Ten eerste vereist het Hof van Cassatie in de arresten van 23 mei 2019 en 11 december 2020 niet dat de schuldeiser *nuttige maatregelen* neemt om de tekortkoming vast te stellen, maar het is niet ondenkbaar dat deze verplichting in de concrete omstandigheden ook vandaag al geldt, in het bijzonder op basis van de eisen uit de goede trouw. Ten tweede vereist artikel 5.93 Wetsvoorstel Boek 5 een *schriftelijke kennisgeving*, terwijl volgens het cassatiearrest van 11 december 2020 een uitdrukkelijke kennisgeving volstaat, zij het dat ook vandaag al een schriftelijke kennisgeving aangeraden is (*supra* nr. 49). Ten derde is ook de *motiveringsplicht* reeds aanvaard in het geldende recht (*supra* nr. 49) en kennen we dit vandaag ook al bij de inwerkingstelling van een uitdrukkelijk ontbindend beding.[324] Artikel 5.92, tweede lid Wetsvoorstel Boek 5 bevestigt dit.[325] Tot slot schrijven noch artikel 5.92, noch artikel 5.93 Wetsvoorstel Boek 5 een ingebrekestelling voor, omdat artikelen 5.83, *in fine* en 5.231, tweede lid Wetsvoorstel Boek 5 dit als algemene regel formuleren bij iedere sanctie, behoudens uitzondering (zie art. 5.233 Wetsvoorstel Boek 5). Ofschoon deze ingebrekestellingsverplichting niet in de cassatiearresten van 23 mei 2019 en 11 december 2020 tot uitdrukking komt, geldt deze regel vandaag ook al op basis van het gemeen recht (*supra* nr. 48).

3° Gevolgen en controle a posteriori

51. Rechtsgevolgen van de ontbinding op kennisgeving – De beslissing tot ontbinding krijgt rechtsgevolgen en dus uitwerking door de kennisgeving van de wil van de schuldeiser. De gevolgen van een dergelijke ontbinding lopen gelijk met die van een gerechtelijke ontbinding (*supra* nrs. 43 e.v.). Het arrest van 23 mei 2019 preciseert dat deze beslissing door de schuldeiser genomen wordt '*op eigen risico*' en dat de ontbindingsbeslissing '*uitwerking heeft tot op het ogenblik dat een rechter deze beslissing onwerkzaam heeft verklaard'*. Het arrest schept dus meer duidelijkheid, zowel over de gevolgen als over de mogelijke rol van de rechter *a posteriori*.

Wat de gevolgen betreft is het nu in alle scherpte gesteld dat het de schuldeiser is die bij machte is (of: bevoegd is) om, door de kennisgeving van zijn eenzijdige beslissing, de ontbinding tot stand te brengen. Aan deze eenzijdige rechtshandeling koppelt het Hof van Cassatie nu rechtsgevolgen: de *ontbinding* van het contract *komt tot stand* door de kennisgeving (het gaat niet meer over '*als ontbonden of beëindigd beschouwen'*) en zij *blijft overeind* tot de rechter de ontbindingsbeslissing onwerkzaam verklaart. De schuldeiser neemt die ontbindingsbeslissing op eigen risico, waarmee men doorgaans wijst op het feit dat

321. Over de vraag waarom de kennisgeving uitdrukkelijk moet en of zij dan ook noodzakelijk schriftelijk dient te gebeuren, alsook andere vragen zoals waarin de sanctie bestaat wanneer de kennisgeving *niet* uitdrukkelijk plaatsgevonden heeft, zie S. STIJNS en S. DECLERCQ, "De ontbinding op kennisgeving: het Hof van Cassatie bevestigt dat het kan en zegt nu ook hoe het moet", *TBBR* 2022**,** te verschijnen, nrs. 16 e.v.

322. S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 48; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, 2019, nr. 738; S. SOMERS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding door kennisgeving aan de schuldenaar aanvaard: "Bezint eer ge ontbindt!" (noot onder Cass. 11 december 2020), *TBH* 2021, (441) nr. 16; S. STIJNS en S. DE REY, "Het uitdrukkelijk ontbindend beding in een compromis voor onroerende koop", *T.Not.* 2021, (729) nr. 23.

323. In die zin reeds: S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) nr. 5; S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 48; S. SOMERS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding door kennisgeving aan de schuldenaar aanvaard: 'Bezint eer ge ontbindt!'" (noot onder Cass. 11 december 2020), *TBH* 2021, (441) nr. 17; S. STIJNS en S. DE REY, "Het uitdrukkelijk ontbindend beding in een compromis voor onroerende koop", *T.Not.* 2021, (729) nr. 23; S. STIJNS en S. DECLERCQ, "De ontbinding op kennisgeving: het Hof van Cassatie bevestigt dat het kan en zegt nu ook hoe het moet", *TBBR* 2022, te verschijnen, nrs. 28-44, i.h.b. nr. 44.

324. S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, Themis nr. 95, Brugge, die Keure, 2015, (79) nr. 52; S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 50; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 738; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 1013; S. STIJNS en S. DE REY, "Het uitdrukkelijk ontbindend beding in een compromis voor onroerende koop", *T.Not.* 2021, (729) nr. 24-25.

325. Deze bepaling luidt als volgt: "Het ontbindend beding verleent de schuldeiser het recht om het contract te ontbinden zonder voorafgaande tussenkomst van de rechter wanneer de schuldenaar een van zijn verbintenissen niet nakomt. De schuldeiser stelt het beding in werking door middel van een schriftelijke kennisgeving aan de schuldenaar. Die vermeldt de tekortkomingen die hem worden verweten."

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

hij het risico draagt om achteraf in het ongelijk te worden gesteld.[326] De schuldeiser moet inderdaad zelf de ernst van de niet-nakoming door zijn schuldenaar afwegen tegenover de impact van de ontbinding en beslissen of die voldoende ernstig is om zijn beslissing te rechtvaardigen. Dit betekent verder dat er steeds een *a-posteriori*-controle mogelijk is. In dit verband is toe te juichen dat het cassatiearrest van 23 mei 2019 niet herhaalt dat de controle door de rechter *a posteriori* gebeurt in het kader van een eis in gerechtelijke ontbinding.

52. Rechterlijke controle a posteriori – Zoals bij een beroep door de schuldeiser op een uitdrukkelijk ontbindend beding[327], is na een ontbinding op kennisgeving een *tweevoudige controle* mogelijk om reden dat een buitengerechtelijke ontbindingsbeslissing eigenlijk een partijbeslissing is.[328] De ontbindingsbeslissing van de schuldeiser (of het nu krachtens een uitdrukkelijk ontbindend beding is of op kennisgeving), kan dus onderworpen worden aan, enerzijds, een controle op haar *regelmatigheid* (*régularité*) (werden de inhoudelijke en vormelijke toepassingsvoorwaarden gerespecteerd?) en, anderzijds, een controle op haar *rechtmatigheid* (*légitimité*) (maakt de beslissing rechtsmisbruik uit?).[329]

Heeft de schuldeiser een toepassingsvoorwaarde van een van beide vormen van buitengerechtelijke ontbinding niet nageleefd, dan is het contract op onregelmatige wijze ontbonden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een uitdrukkelijk ontbindend beding in werking gesteld wordt terwijl er geen wanprestatie aanwezig was[330] of geen ingebrekestelling werd verzonden.[331] De schuldeiser had hier geen ontbindingsbevoegdheid en kon het contract dus niet ontbinden. Zijn ontbindingsbeslissing is 'onwerkzaam' en het contract blijft overeind. In een arrest van 11 mei 2012 heeft het Hof van Cassatie deze sanctie aanvaard voor de onregelmatige inwerkingstelling van een uitdrukkelijk ontbindend beding.[332] Nu het cassatiearrest van 23 mei 2019 overweegt dat de kennisgeving tot ontbinding uitwerking heeft totdat een rechter deze onwerkzaam verklaart, leiden wij hieruit af dat het Hof de sanctie van de onwerkzaamheid ook verbindt aan onregelmatige *ontbinding op kennisgeving*.[333] De schuldeiser die een dergelijke foutieve eenzijdige ontbindingsbeslissing neemt, begaat een contractuele fout zodat de schuldenaar contractuele sancties tegenover zijn schuldeiser kan inroepen.[334]

De tweede controle *a posteriori* door de rechter behelst een controle op de vervulling van de eisen van de goede trouw. Bij een abusieve buitengerechtelijke ontbinding gesteund op een uitdrukkelijk ontbindend beding, aanvaardt het Hof van Cassatie in het geldend recht reeds een controle op rechtsmisbruik.[335] Het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt

326. S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nr. 26; S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) nr. 6.

327. Zie recent S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nrs. 52-59; S. STIJNS en S. DE REY, "Het uitdrukkelijk ontbindend beding in een compromis voor onroerende koop", *T.Not.* 2021, (729) nr. 26-32.

328. In die zin: S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 370-373, 379 (UOB) en nrs. 485 en 508 (eenzijdige ontbinding); A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht", *RW* 2004-05, (1641) 1659; S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract,* Brugge, die Keure, 2014, (75) 133, nrs. 59 en 63; S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2015-16, (79) nrs. 43-48 en 62; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil,* Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 597; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, *Boek 1*, 2016, Brugge, die Keure, nrs. 280-281; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nr. 737; S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nr. 27.

329. De doctrine staat al langer die tweevoudige controlebevoegdheid voor (evenals de sanctie van de onwerkzaamheid), zie o.m. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nrs. 370 e.v. en 373 e.v (UOB) en nrs. 506 e.v (eenzijdige ontbinding); A. VAN OEVELEN, "De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard" (noot onder Cass. 2 mei 2002), *RW* 2002-03, (503) nr. 7 (eenzijdige ontbinding); S. STIJNS, "De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkomsten: door het Hof van Cassatie erkend, doch tegelijk miskend", *TBBR* 2003, (258) nr. 37 (eenzijdige ontbinding); J.-Fr. GERMAIN, "Le contrôle de la gravité du manquement en présence d'une clause résolutoire expresse" (noot onder Cass. 9 maart 2009), *TBBR* 2010, 133-136; P. WÉRY, "Le contrôle judiciaire de la mise en œuvre d'une clause résolutoire expresse" (noot onder Luik 8 maart 2012), *JLMB* 2013, 1025-1031; S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht,* Brugge, die Keure, 2015-16, (79) nrs. 56-61 en 62-67 (UOB); P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil,* Coll. De Page, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 597 (UOB); T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, nrs. 741-744; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 1021; P. WÉRY, *Droit des obligations.* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nrs. 797-798; S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nrs. 52-59.

330. Kh. Gent 24 oktober 2016, *RW* 2019-20, 1503.

331. Gent 23 november 2016, *DAOR* 2017/1, 74; Gent 31 mei 2013, *TBBR* 2016, 163.

332. Cass. 11 mei 2012, C.10.0705.F, *Arr.Cass.* 2012, 1242, *Pas.* 2012, 1066 en *JLMB* 2013, 1018.

333. S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nr. 27; S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) nr. 6; S. STIJNS en S. DECLERCQ, "De ontbinding op kennisgeving: het Hof van Cassatie bevestigt dat het kan en zegt nu ook hoe het moet", *TBBR* 2022, te verschijnen, nr. 26.

334. De schuldenaar kan de schuldeiser tot uitvoering *in natura* van het contract laten veroordelen mocht hij de onwerkzaamheid negeren (Kh. Dinant 3 maart 2006, *TBBR* 2006, 629). Hij kan ook een herstel van de schade eisen of zich beroepen op een schadebeding of een uitdrukkelijk ontbindend beding dat in zijn voordeel geldt. Hij kan zelfs de ontbinding vorderen lastens zijn schuldeiser, eventueel met een aanvullende schadevergoeding, op voorwaarde dat de onregelmatigheid voldoende ernstig wordt bevonden: zie ook S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation", *JT* 2020, (21) nr. 6.

335. Cass. 9 maart 2009, *Pas.* 2009, 689, andersl. concl. GENICOT, *Arr.Cass.* 2009, 762, *TBBR* 2010, 130, noot J.-F. GERMAIN en *JT* 2009, 392; Cass. 8 februari 2010, *Pas.* 2010, 402 en *TBO* 2011, 163; Cass. 5 december 2014, C.14.0061.N. (impl.). Zie verder: S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De rol van de rechter in het contract – Le juge et le contrat,* Brugge, die Keure, 2014, (75) nrs. 59-63; S. STIJNS en F. AUVRAY, "Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat: critères et sanctions" in *Les obligations contractuelles*, JBB, Larcier, 2016, (269), nr. 41; S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in S. STIJNS (ed.), *Themis Verbintenissenrecht,* Brugge, die Keure, 2015-16, (79), nr. 61; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier 2021, nr. 756. Ook de rechtspraak evolueerde in die zin: Bergen 14 oktober 2015, *RJI* 2016, 465; Antwerpen 6 september 2016, *T.Aann.* 2018, 180; Antwerpen 29 juni 2007, *RW* 2009-10, 105, noot J. DE CONINCK (past ook de sanctie van de ontzegging toe); Kh. Gent (afd. Kortrijk) 24 oktober 2016, *TBBR* 2017, 270 (past de onwerkzaamheid toe); Rb. Oost-Vl. (afd. Gent) 18 november 2015, *RW* 2016-17, 1152; Rb. Gent 13 januari 2009, *RW* 2009-10, 114 (overweegt dat ontzegging mogelijk is).

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

geldt evenzeer bij een ontbinding op kennisgeving. De sanctie voor dat rechtsmisbruik kan bestaan in de *ontzegging* (*la privation*) van elk rechtsgevolg aan de ontbinding waartoe de schuldeiser onrechtmatig heeft beslist. Het is immers zo dat de sanctie van rechtsmisbruik, volgens het Hof van Cassatie, niet in de verbeuring van het recht of van de bevoegdheid bestaat, maar in het herleiden van het recht tot zijn normale rechtsuitoefening of in het herstel van de schade ten gevolge van het misbruik (*supra* nr. 37). Welnu, het Hof van Cassatie oordeelde in een arrest van 8 februari 2001 dat wanneer het rechtsmisbruik erin bestaat dat op een contractueel *beding* een beroep wordt gedaan (zoals op een schadebeding), de sanctie ook erin kan bestaan *"dat aan de schuldeiser het recht wordt ontzegd om op dat beding een beroep te doen"* (*supra* nr. 38). Deze rechtspraak wordt sindsdien analogisch toegepast op het onrechtmatig beroep op een uitdrukkelijk ontbindend beding[336], zodat de rechter de uitwerking kan ontzeggen aan de abusieve ontbindingsbeslissing genomen krachtens dat beding. Bijgevolg is het contract niet ontbonden en blijft het verder gevolg hebben. Ook bij een abusieve ontbinding op kennisgeving kan de ontzegging van de rechtsuitoefening van de ontbindingsbevoegdheid als sanctie gelden.[337] Men stelt vast dat de uitkomst van de onwerkzaamheid (sanctie bij *onregel*matige ontbinding) en de ontzegging (sanctie bij *onrecht*matige ontbinding) op hetzelfde neerkomt, namelijk dat het contract overeind blijft. Toch is er een verschil: de onwerkzaamheid treedt automatisch in, terwijl de ontzegging het resultaat is van een belangenafweging die de rechter doorvoert, derwijze dat zij niet automatisch intreedt.[338]

Het arrest van 23 mei 2019 spreekt zich niet uit over die tweevoudige controlebevoegdheid maar geeft wel een inkijk in de sanctie bij een onregelmatige of onrechtmatige ontbinding. Het overweegt immers dat de eenzijdige rechtshandeling tot ontbinding "*uitwerking heeft tot op het ogenblik dat een rechter deze beslissing onwerkzaam heeft verklaard".* Ook hier is mogelijk inspiratie gezocht bij het Wetsvoorstel Boek 5, want artikel 5.94 verankert de twee controlemogelijkheden *a posteriori* en de daaraan gekoppelde sanctie onder de titel 'Onregelmatige of abusieve buitengerechtelijke ontbinding' voor de twee wijzen van buitengerechtelijke ontbinding: "*De kennisgeving waarmee de schuldeiser het contract ontbindt, is onwerkzaam indien niet voldaan is aan de vereisten van de ontbinding of indien de ontbinding abusief is"*. Het Wetsvoorstel Boek 5 vereenvoudigt dus de sanctieregeling bij onregelmatige en onrechtmatige ontbindingsbeslissingen, door voor beide gevallen de onwerkzaamheid voor te schrijven. Daar waar het cassatiearrest van 23 mei 2019 er evenwel van uitgaat dat de rechter de onwerkzaamheid moet vaststellen, ziet het Wetsvoorstel Boek 5 de onwerkzaamheid automatisch ingaan zodra een buitengerechtelijke ontbinding is aangetast door een onregelmatigheid of rechtsmisbruik uitmaakt. Zal dit in de praktijk impact hebben? Wellicht niet.[339] Bij een betwisting tussen contractanten zal de rechter toch moeten worden gevat: hij moet finaal beslissen of hij de ontbinding onwerkzaam verklaart, zodat de onwerkzaamheid uiteindelijk door de rechter wordt vastgesteld. Hoe dan ook, volgens het cassatiearrest van 23 mei 2019, blijft het contract vandaag ontbonden totdat de rechter de onwerkzaamheid van de ontbindingsbeslissing vaststelt.

D. Verhouding tot het uitdrukkelijk ontbindend beding

53. Nieuwe finaliteit van uitdrukkelijk ontbindend beding – De aanvaarding van de ontbinding op kennisgeving in de cassatiearresten van 23 mei 2019 en 11 december 2020 (*supra* nrs. 47 e.v.), heeft ook een weerslag op het nut en dus op de hernieuwde finaliteit van het uitdrukkelijk ontbindend beding. Vóór deze cassatierechtspraak schuilde deze finaliteit er doorgaans in om een *buitengerechtelijke* ontbinding mogelijk te maken, aangezien het Burgerlijk Wetboek van 1804 enkel in de *gerechtelijke* ontbinding voorziet (art. 1184 oud BW). Een uitdrukkelijk ontbindend beding was dan ook nuttig om de onzekerheid weg te nemen die de appreciatie van een eis in gerechtelijke ontbinding liet bestaan. Want, ook al werd de toelaatbaarheid van de buitengerechtelijke ontbinding sinds de jaren 1970 in toenemende mate door de rechtsleer bepleit en in de feitenrechtspraak toegepast, het bleef onduidelijk of het Hof van Cassatie deze rechtsfiguur had aanvaard (*supra* nr. 46). Bovendien was de buitengerechtelijke ontbinding, zoals uitgewerkt door de rechtsleer en de feitenrechtspraak slechts mogelijk in *uitzonderlijke* omstandigheden (*supra* nr. 45); voor alle andere omstandigheden waren partijen aangewezen op de *gerechtelijke* ontbinding uit artikel 1184 oud BW. Indien partijen zich de mogelijkheid tot een buitengerechtelijke ontbinding verschaffen, was het dus zaak om dit via een uitdrukkelijk ontbindend beding uit te werken. Hierdoor anticipeerden zij niet alleen op de onzekerheid *of* de gerechtelijke ontbinding zou worden uitgesproken, maar ook *of* de buitengerechtelijke ontbinding toelaatbaar was.

336. S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 59. Zie bv.: Brussel 22 november 2013, *JLMB* 2016, 165; Antwerpen 29 juni 2007, *RW* 2009-10, 105, noot J. DE CONINCK; Orb. Henegouwen (afd. Doornik) 16 juli 2019, *TBBR* 2020, 108; Rb. Gent 13 januari 2009, *RW* 2009-10, 114.

337. S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation", *JT* 2020, (21) nr. 8. Zie MvT, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 119 en p. 121.

338. S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, nr. 931; S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 59.

339. Zie ook S. STIJNS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding eindelijk erkend: van het ontbonden beschouwen naar de ontbinding op kennisgeving" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *TBBR* 2019, (476) nr. 27; S. STIJNS en P. WÉRY, "La résolution par voie de notification, enfin admise par la Cour de cassation" (noot onder Cass. 23 mei 2019), *JT* 2020, (21) nr. 6.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

Sinds de aanvaarding van de ontbinding op kennisgeving in de cassatiearresten van 23 mei 2019 en 11 december 2020, is de geschetste onderliggende drijfveer echter grotendeels achterhaald.[340] Een uitdrukkelijk ontbindend beding dat zich ertoe beperkt om *louter* de voorafgaande rechterlijke tussenkomst weg te bedingen, heeft sinds deze uitspraken geen toegevoegde waarde meer. Vandaag ontleent de schuldeiser het recht om buitengerechtelijk te ontbinden immers aan het gemeen ontbindingsrecht, zelfs in omstandigheden die niet uitzonderlijk zijn (*supra* nr. 47). Voortaan bestaat het nut van een uitdrukkelijk ontbindend beding erin dat partijen daarin de voorwaarden van de ontbinding op kennisgeving kunnen *moduleren.*[341] Partijen kunnen inderdaad de toepassing ervan organiseren. Aan de ene kant kunnen partijen de toepassing van de ontbinding op kennisgeving *vergemakkelijken* (bv. door een vrijstelling van ingebrekestelling); aan de andere kant kunnen zij deze toepassing *formaliseren.* Partijen kunnen bijvoorbeeld voorzien in een concretisering van *inhoud, vorm* en *termijnen* voor de eventuele ingebrekestelling en voor de noodzakelijke kennisgeving. In de plaats daarvan kunnen partijen de toepassing van de ontbinding op kennisgeving ook *uitsluiten*. De modaliteiten die partijen voor de toepassing van de ontbinding op kennisgeving afspreken, kunnen meer zekerheid verschaffen, temeer omdat de concrete invulling van deze voorwaarden in de cassatierechtspraak op sommige punten onzeker blijft (*supra* nrs. 48 e.v.). Met het uitdrukkelijk ontbindend beding kunnen partijen tevens anticiperen op de onzekerheid van de rechterlijke controle *a posteriori*, in het bijzonder door te voorzien in een motiveringsplicht en/of in een (al dan niet limitatieve) lijst van wanprestaties die partijen voldoende ernstig bevinden om de ontbinding te rechtvaardigen. De rechterlijke appreciatiebevoegdheid en het uitdrukkelijk ontbindend beding verhouden zich dan als communicerende vaten: hoe preciezer het beding bepaalt welke wanprestaties de ontbinding rechtvaardigen, hoe beperkter de appreciatiebevoegdheid van de rechter naderhand is.

54. Verhouding tussen uitdrukkelijk ontbindend beding en ontbinding op kennisgeving – Deze nieuwe finaliteit brengt ons bij de netelige vraag of de schuldeiser de modaliteiten uit het uitdrukkelijk ontbindend beding kan negeren en een beroep mag doen op de ontbinding op kennisgeving. Kan de schuldeiser met andere woorden de voorwaarden en modaliteiten uit het uitdrukkelijk ontbindend beding (bv. ingebrekestellingstermijn of vormvereiste voor de kennisgeving) naast zich neerleggen en het contract buitengerechtelijk ontbinden door zich simpelweg op de ontbinding op kennisgeving te beroepen? In de huidige rechtsopvatting, zijn we geneigd hierop ontkennend te antwoorden. Het kan niet de bedoeling zijn dat de schuldeiser aan dergelijke voorwaarden tracht te ontsnappen door zich, ondanks het beding, op de ontbinding op kennisgeving te beroepen.[342] Met het uitdrukkelijk ontbindend beding, dat de buitengerechtelijke ontbinding organiseert en de voorwaarden ervan concretiseert, hebben partijen immers zelf, conventioneel, aan de buitengerechtelijke ontbindingswijze vormgegeven. Op grond van de verbindende kracht van overeenkomsten is deze contractuele modulering dan ook bindend voor partijen. Een andere rechtsopvatting holt het uitdrukkelijk ontbindend beding uit en tast de rechtszekerheid van contractanten aan. Wanneer partijen een uitdrukkelijk ontbindend beding bedingen, moet de schuldeiser die het contract buitengerechtelijk wil ontbinden, in principe, deze contractueel uitgestippelde weg volgen en kan hij niet zomaar aan het uitdrukkelijk ontbindend beding voorbijgaan. Het komt ons dan ook voor dat de twee wijzen van buitengerechtelijke ontbinding – via het uitdrukkelijk ontbindend beding of de ontbinding op kennisgeving – in de regel dus niet cumulatief of simultaan open staan voor de schuldeiser.[343]

Ook wanneer de aangewreven wanprestatie niet onder het toepassingsgebied van het uitdrukkelijk ontbindend beding valt omdat het beding een limitatieve lijst van wanprestaties bevat, is het niet voor de hand liggend dat de schuldeiser zich *sowieso* op het regime van de ontbinding op kennisgeving kan beroepen en aan de modaliteiten van het uitdrukkelijk ontbindend beding (bv. inzake toekenning van een remediëringstermijn, ingebrekestelling en kennisgeving) kan ontsnappen. Ten eerste impliceert een limitatieve lijst van wanprestaties die de ontbinding kunnen rechtvaardigen dat partijen, in principe, alleen deze wanprestaties voldoende ernstig bevonden om de ontbinding van het contract toe te staan. Ten tweede is het denkbaar dat men de schuldeiser, onder concrete omstandigheden, zal verwijten niet te goeder trouw te handelen wanneer hij bij een beroep op de ontbinding op kennisgeving de modaliteiten die partijen hadden bedongen negeert.

Toch lijkt een beroep op de ontbinding op kennisgeving ondanks het bestaan van een uitdrukkelijk ontbindend beding niet helemaal uitgesloten. Sinds de cassatiearresten van 23 mei 2019 en 11 december 2020 behoort de ontbinding op kennisgeving immers tot het gemeen recht. Indien het beding de ontbinding op kennisgeving niet uitsluit, lijkt het te verregaand om te stellen dat de rechter het beroep op

340. Hierover S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 8.
341. Zie ook S. SOMERS en S. JANSEN, "De buitengerechtelijke ontbinding door kennisgeving aan de schuldenaar aanvaard: 'Bezint eer ge ontbindt!'" (noot onder Cass. 11 december 2020), *TBH* 2021, (441) nr. 9.
342. S. STIJNS, "Uitdrukkelijk ontbindende bedingen, ontbindende voorwaarden en vervangingsbedingen" in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten,* Antwerpen, Intersentia, 2006, (77) nr. 54.
343. Zie ook S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 41.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]

de ontbinding op kennisgeving in alle concrete omstandigheden *steeds* ontoelaatbaar moet verklaren. Men heeft in het verleden immers toegelaten dat een schuldeiser die over een uitdrukkelijk ontbindend beding beschikt, toch een beroep doet op de gerechtelijke ontbinding.[344] Intussen staan de drie ontbindingswijzen op voet van gelijkheid (*supra* nr. 39). De rechtspraak zal moeten uitwijzen of er omstandigheden kunnen zijn waarin een schuldeiser redenen kan aanvoeren om zich op de ontbinding op kennisgeving te beroepen, ondanks de aanwezigheid in het contract van een uitdrukkelijk ontbindend beding. Wij denken bijvoorbeeld aan een uitdrukkelijk ontbindend beding met remediëringstermijnen die *in concreto* onredelijk lang uitvallen. Om de ontbinding op kennisgeving in een dergelijk geval toch te schragen, schuilt voor de schuldeiser mogelijk een belangrijk aanknopingspunt in zijn schadebeperkingsplicht.[345]

344. Hierover over het keuzerecht tussen de gerechtelijke ontbinding en de inwerkingstelling van een uitdrukkelijk ontbindend beding, zie S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 364; V. PIRSON, "Les clauses relatives à la résolution des contrats" in P. WÉRY (ed.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, La Charte, 2001, (105) 117, nr. 31; V. PIRSON, "Qu'advient-il de l'option de l'article 1184 du Code civil lorsque le créancier bénéficie d'une clause résolutoire expresse?" (noot onder Luik 27 november 2000), *RRD* 2001, (281) 282, nr. 3; P. WÉRY, *Droit des obligations,* vol. 1, Brussel, Larcier, 2021, nr. 755; S. DE REY, "Uitdrukkelijk ontbindend beding", *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 40.

345. Zie in dit verband ook, maar voorzichtig: S. STIJNS, "Uitdrukkelijk ontbindende bedingen, ontbindende voorwaarden en vervangingsbedingen" in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-) uitvoering en de beëindiging van contracten,* Antwerpen, Intersentia, 2006, (77) nr. 54.

this Jurisquare copy is licenced to KU Leuven - Faculteit Rechten- Bibliotheek [noreply@jurisquare.be]