UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

't Is gebeurd: Herstel in natura van contractuele schade erkend door het Hof van Cassatie!

De Rey, S.E.

Publication date
2020

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. (2020). 't Is gebeurd: Herstel in natura van contractuele schade erkend door het Hof van Cassatie!. Case note on: Hof van cassatie van België/Cour de cassaton de Belgique, 3/10/19 *Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht / Revue Générale de Droit Civil Belge*, (2), 85-102.

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

Vlaamse Overheid Bibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

over de procedure voor het Grondwettelijk Hof betreffende het Injectietarievendecreet en de mogelijke gevolgen ervan;
– de eiseres deze verplichting niet is nagekomen, maar integendeel zonder enige waarschuwing of voorbehoud over de gebeurlijke, toekomstige, retroactieve doorrekening van de injectietarieven bij vernietiging van de vrijstelling in het Injectietarievendecreet de facturatie van de injectietarieven heeft stopgezet;
– zij door deze handelswijze bij de verweerster het legitieme vertrouwen, minstens de schijn gewekt heeft dat zij geen injectietarieven meer diende te betalen;
– de eiseres aldus de op haar rustende informatie- en waarschuwingsplicht heeft miskend en daardoor een contractuele fout heeft begaan;
– deze fout dient te worden gesanctioneerd door het herstel *in natura*, meer bepaald door de terugbetaling van de retroactief aangerekende injectietarieven;
– het arrest van het Grondwettelijk Hof, op grond waarvan de vrijstelling retroactief uit de rechtsorde verdween, de eiseres niet vrijstelde van haar contractuele verplichting;
– de eiseres de injectietarieven slechts retroactief kon factureren mits naleving van de op haar rustende contractuele verplichtingen, waaronder de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst.

7. 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.
Het middel is gegrond.

Dictum
Het Hof,
Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het oordeelt over de vordering van de verweerster tegen de eiseres en de hieraan verbonden kosten.
(...)

Noot – 't Is gebeurd: Herstel in natura van contractuele schade erkend door het Hof van Cassatie!

1. Inleiding

1. Belang van het arrest – Voor vergoeding van schade wegens wanprestatie wordt vaak automatisch aan schadevergoeding gedacht. Het geannoteerde arrest biedt echter een doorbraak voor een creatievere vorm van schadeloosstelling. Voor het eerst erkent het Hof van Cassatie in duidelijke bewoordingen dat schade wegens wanprestatie niet alleen door schadevergoeding, maar ook in natura kan worden vergoed. Deze erkenning van *herstel in natura* van contractuele schade is evenwel niet te verwarren met de gevestigde cassatierechtspraak over *uitvoering in natura* van een miskende contractuele verbintenis.

2. Structuur – Na een schets van de feiten, de bestreden beslissing en de uitspraak in cassatie (*infra* nrs. 3-5), wordt het onderscheid tussen herstel in natura en uitvoering in natura voor een goed begrip eerst verduidelijkt (2°, *infra* nr. 6). Vervolgens illustreren we wanneer herstel in natura een nuttig alternatief voor schadevergoeding kan zijn (3°, *infra* nr. 8). Om het aanvaardingsproces van herstel in natura voor contractuele schade te ontleden, vertrekken we van de tekst van het Burgerlijk Wetboek (4°, *infra* nrs. 10-11), analyseren we achtereenvolgens de herinterpretatie ervan (5°, *infra* nrs. 12-16), het onzekere antwoord hierop in de rechtspraak (6°, *infra* nrs. 17-18), de erkenning in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (7°, *infra* nrs. 19-20) en het potentieel aankomend verbintenissenrecht (8°, *infra* nrs. 21-27), om finaal de vernieuwende elementen in het geannoteerde arrest te duiden (9°, *infra* nrs. 28-32). We sluiten af met een besluit (10°, *infra* nr. 33).

3. Onderliggende feiten – Het tuinbouwbedrijf Agrokom bvba (hierna: 'het tuinbouwbedrijf') wekt elektriciteit op voor eigen gebruik. De overproductie hiervan verkoopt hij via de coöperatieve vennootschap 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 zijn beurt contractueel en proportioneel doorrekent aan de verschillende leden van WOM, waaronder het tuinbouwbedrijf. Een decreet verleende vrijstelling voor stroom opgewekt via hernieuwbare energie.[1] 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 (nr. 89/2012). Sinds dit arrest factureert Gaselwest de injectietarieven voor de periode tussen de inwerkingtreding van de vrijstelling (1 februari 2011) en de vernietiging ervan (12 juli 2012) aan Electrabel. Electrabel rekent deze op zijn beurt door aan het tuinbouwbedrijf. Hoewel het tuinbouwbedrijf deze facturatie betwist, betaalt het finaal, zij het onder voorbehoud van alle rechten. Het tuinbouwbedrijf dagvaardt Electrabel tot terugbetaling van de retroactief gefactureerde injectietarieven, te vermeerderen met interesten.

4. Bestreden beslissing – Anders dan in eerste aanleg, willigt het hof van beroep te Brussel de vordering van het tuinbouwbedrijf in. Volgens het hof bestond immers een ongelijkheid op het vlak van kennis en bekwaamheid tussen Electrabel en (de leden van) WOM.

1. Decreet van 23 december 2010 houdende wijziging van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000 en het Energiedecreet van 8 mei 2009 wat betreft het vermijden van injectietarieven voor elektriciteit geproduceerd door middel van hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmtekrachtkoppeling, *BS* 20 januari 2011, 6397.

KuleuvenkeidBibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

Omdat Electrabel op de hoogte was van de procedure voor het Grondwettelijk Hof en de gevolgen ervan kon inschatten, had Electrabel – als machtige energieleverancier met een uitgebreide juridische dienst – op basis van de goede trouw zijn zwakkere medecontractant moeten inlichten. Electrabel is deze informatie- en waarschuwingsplicht echter niet nagekomen. Anders dan Gaselwest, die in zijn facturen aan Electrabel een duidelijk voorbehoud opnam, heeft Electrabel na de invoering van de vrijstelling de facturatie van injectietarieven stopgezet, zonder waarschuwing of voorbehoud over de hangende procedure voor het Grondwettelijk Hof en de mogelijke gevolgen van een eventuele vernietiging van de vrijstelling. Hierdoor werd volgens de appelrechters bij het tuinbouwbedrijf het legitieme vertrouwen, minstens de schijn gewekt dat het definitief van injectietarieven was vrijgesteld. Volgens het hof van beroep vereist deze contractuele fout een 'herstel in natura'. Daartoe veroordeelt het Electrabel tot terugbetaling van de retroactief gefactureerde injectietarieven, te vermeerderen met interesten. Volgens het hof van beroep kon Electrabel de injectietarieven immers enkel retroactief aan het tuinbouwbedrijf factureren mits naleving van de op hem rustende informatie- en waarschuwingsplicht afgeleid uit de goede trouw.

5. Uitspraak in Cassatie – In zijn enige middel tot cassatie stelt Electrabel vast dat uitvoering in natura van de door hem miskende informatie- en waarschuwingsplicht niet meer nuttig is na de feiten, zodat de appelrechters naar recht tot uitvoering bij equivalent besluiten. 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 Hof van Cassatie grijpt dit middel aan om zich over de toelaatbaarheid van herstel in natura van contractuele schade uit te spreken. Het doet hierover een uitspraak die geen ruimte laat voor twijfel: schade wegens wanprestatie wordt vergoed door hetzij herstel in natura, hetzij schadevergoeding. Vervolgens benadrukt het Hof dat de vergoedingsplicht wegens wanprestatie, of zij nu geschiedt door herstel in natura of schadevergoeding, ertoe strekt de schuldeiser zo goed mogelijk te plaatsen in de hypothetische 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. Volgens het middel doet het toegekende herstel in natura uit het bestreden arrest dit wel. Het middel voert aan dat de veroordeling van Electrabel tot terugbetaling van de retroactief gefactureerde injectietarieven bij wijze van herstel in natura, het tuinbouwbedrijf in een betere positie plaatst dan wanneer Electrabel geen wanprestatie zou hebben begaan. Ook wanneer Electrabel zijn informatie- en waarschuwingsplicht had nagekomen en het tuinbouwbedrijf derhalve over de hangende procedure voor het Grondwettelijk Hof had ingelicht door op de gevolgen van de potentiële retroactieve vernietiging van de vrijstelling te wijzen, had het tuinbouwbedrijf deze injectietarieven finaal moeten betalen. Het Hof van Cassatie acht dit middel gegrond en verbreekt op dit punt het bestreden arrest.

2. Onderscheid met uitvoering in natura

6. Rechtsherstel (uitvoering in natura) *vs.* schadeherstel (herstel in natura) – Alvorens de lange weg naar de aanvaarding van herstel in natura (*réparation en nature*) binnen het contractenrecht te analyseren, is het belangrijk om herstel in natura binnen het arsenaal van sancties wegens wanprestatie te duiden en in het bijzonder het onderscheid met uitvoering in natura (*exécution en nature*) scherp te stellen.[2]

Uitvoering in natura is een vorm van rechtsherstel (*rétablissement*). Rechtsherstel strekt tot het herstel van de *fout*. Het neemt de contractuele fout (wanprestatie) weg door de nakoming op te leggen van de miskende contractuele verbintenis. Uitvoering in natura plaatst de schuldeiser dus exact in die toestand waarin deze verbintenis niet was miskend. Anders dan uitvoering in natura, is herstel in natura geen vorm van rechtsherstel, maar wel van *schade*herstel (*réparation*). Schadeherstel neemt de fout niet weg, maar herstelt enkel de door de fout veroorzaakte schade. Anders dan rechtsherstel, heeft schadeherstel dus geen 'satisfactoir' maar slechts een 'compensatoir' karakter. Conceptueel is schadeherstel 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 contractuele 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. Een voorbeeld kan dit onderscheid verduidelijken.

Bij de bouw van een huis bouwt de aannemer de badkamer in weerwil van de plannen boven de slaapkamer. Het lawaai in de badkamer verstoort op ernstige wijze de nachtrust van de bewoners. Uitvoering in natura zou hier betekenen 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 het koppel 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 (de geluidshinder) herstelt, niet in geld (via

2. Uitvoerig hierover: S. DE REY, *Herstel in natura. Rechtsvergelijkende studie in het contractenrecht met buitencontractuele invalshoek* in *Recht & Onderneming*, nr. 51, Brugge, die Keure, 2019, 24-30, nrs. 31-38 en de verwijzingen aldaar.

Universiteitsbibliotheek Maastwerkcontract Download date: 12-03-2020

schadevergoeding) maar in natura. Het is een vorm van herstel in natura van contractuele schade.[3]

7. Praktische repercussies op juridisch regime – Het onderscheid tussen uitvoering in natura (als vorm van *rechts*herstel) en herstel in natura (als vorm van *schade*herstel) is niet zuiver terminologisch, maar heeft ook praktische gevolgen. Dit uit zich in onderscheiden toekenningsvoorwaarden (*infra* nr. 24) en een verschillende hiërarchische verhouding tot de overige sancties wegens wanprestatie (*infra* nr. 27).

3. Wat herstel in natura voor partijen betekenen kan

8. Nuttig alternatief voor schadevergoeding: toepassingen – Ten aanzien van schadevergoeding biedt herstel in natura het potentieel voor een minder rigide en meer creatieve wijze van schadeherstel, die soms meer op de aard van de schade en/of de behoeften van (een van de) partijen kan zijn afgestemd.[4]

Zo kan herstel in natura een nuttig alternatief voor schadevergoeding zijn wanneer geen of slechts moeilijk een substituut op de markt verkrijgbaar is of er een risico op hoge(re) transactiekosten bestaat (zoals bij beschadiging of vernieling van unieke goederen).[5] Daarnaast vermijdt het dat de benadeelde de praktische zorgen en beslommeringen van het herstel in eigen beheer draagt.[6] Sommige categorieën van benadeelden worden zelfs vermoed meer belang te hechten aan herstel in natura dan aan schadevergoeding. Wegens hun hoedanigheid als 'verbruikers' is dit typisch het geval voor consumenten.[7] Het is dan ook niet toevallig dat de meeste specifieke wettelijke toepassingen van herstel in natura zich binnen het consumentenrecht situeren (*infra* nr. 9). Ook aan de persoon van de schuldenaar verbonden eigenschappen kunnen schadevergoeding onwenselijk maken, zoals bij insolvabiliteit. Herstel in natura kan dan een alternatief bieden, bijvoorbeeld omdat bepaalde vormen ervan niet van de solvabiliteit van de schuldenaar afhankelijk zijn (zoals een verklaring voor recht, de publicatie van een rechterlijke uitspraak, een plaatsvervangende uitspraak e.d.m.). Aan de andere kant kan herstel in natura nuttig zijn voor de (professionele) schuldenaar. Bij herstel in natura betaalt deze immers slechts de interne (productie)kosten van het herstel, terwijl schadevergoeding doorgaans berekend wordt in functie van de externe (markt)kosten van het herstel.[8]

Herstel in natura blijkt ook nuttig wanneer de toekenning van schadevergoeding een complexe of *quasi* onmogelijke berekening vereist[9], zoals voor schade die een werknemer lijdt in de sociale zekerheid of morele schade. Morele schade tast het vermogen van de benadeelde niet aan, maar wordt met een schadevergoeding toch vermogensrechtelijk uitgedrukt. Precies daarom kan de schadelijder in die gevallen herstel in natura verkiezen. Empirische studies tonen aan dat de schadelijder in dit verband meer belang kan hechten aan herstel in natura dan aan schadevergoeding.[10] De publicatie van de rechterlijke uitspraak, een rechtzetting, een recht van antwoord of zelfs de afdwinging van excuses kunnen die schade dan in natura herstellen.[11] Een ander voorbeeld is de vaak moeilijke schadebegroting bij de schending van een niet-concurrentieverbintenis, bijvoorbeeld na overdracht van een handelszaak. In plaats daarvan zou de rechter naast de sluiting van de onrechtmatige handelszaak (uitvoering in natura), ter vergoeding van de schade in natura een verlenging kunnen opleggen van het niet-concurrentiebeding voor de duur van de periode waarbinnen het werd miskend.[12]

Vanuit maatschappelijk oogpunt wordt herstel in natura bovendien relevanter in het licht van de steeds toenemende tendens die streeft naar een duurzame consumptie binnen een circulaire economie. Anders dan schadevergoeding, kan herstel in natura soms beter bijdragen tot de doelstellingen die daarin liggen vervat (bv. via herstelling of vervanging van consumptiegoederen).[13] Ook binnen de evoluerende dienstensector krijgt herstel in natura in dat opzicht een steeds grotere plaats toebedeeld.[14]

4. Geen wettelijke erkenning naar gemeen recht

9. Erkenning in specifieke bepalingen – In een aantal specifieke gevallen schrijft de wet herstel in natura van contractuele schade duidelijk voor.[15] Zo moet de reisorganisator op zijn kosten alternatieve reisdiensten uitwerken van een gelijkwaardige kwaliteit

3. 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.
4. Uitvoeriger: S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 67-80, nrs. 85-97 en de verwijzingen aldaar.
5. Bv. R.M. CUNNINGTON, "The Inadequacy of Damages as a Remedy for Breach of Contract" in C.E.F. RICKETT (ed.), *Justifying Private Law Remedies,* Portland, Hart Publishing, 2008, (115) 116-117.
6. H. LANGE en G. SCHIEMANN, *Schadensersatz,* Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 214, nr. 3.
7. S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 76-77, nr. 92.
8. Zie ook S. DE REY en B. TILLEMAN, "Buitengerechtelijke herstelling en vervanging bij wijze uitvoering en herstel (*Selbstvornahme*)" in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen,* Antwerpen, Intersentia, 2017, 217 e.v.
9. Voor de Zwitserse *Tribunal Fédéral* is dit een bijkomend argument om herstel in natura boven schadevergoeding te verkiezen: bv. ATF 21 mei 1981 107 II 134, overw. 4 (*"sie hat namentlich den Vorteil, dass sie die häufig komplizierte Berechnung des Schadens in Geld überflüssig macht"*).
10. Zie bv. R.M.E. HUVER, K.A.P.C. VAN WEES, A.J. AKKERMANS en N.A. ELBERS, *Slachtoffers en aansprakelijkheid: een onderzoek naar behoeften, verwachtigen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel 1*, Den Haag, WODC, 2007, 81-82 en A.J. AKKERMANS, L. HULST, L. CLAASSEN, A. TEN BOOM, N.A. ELBERS, K.A.P.C. VAN WEES en D.J. BRUINVELS, *Slachtoffers en aansprakelijkheid: een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel 2*, Den Haag, Boom Lemma, 2015, 27 en 97-98.
11. Zie hierover met voorbeelden: S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 433, nrs. 525 e.v.
12. Hierover S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 480, nrs. 570 e.v.
13. O.a. S. JANSEN, "Hiërarchie der remedies in de consumentenkoop: EU vs. VS", *TPR* 2017, (181) 194-196, nr. 12 (kritisch); E. TERRYN, "A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law" in B. KEIRSBILCK en E. TERRYN (eds.), *Consumer protection in a circular economy,* Antwerpen, Intersentia, 2019, 127 e.v. Zie S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 77, nr. 92.
14. M.n. in de verzekeringssector is een tendens merkbaar, zie S. DE REY, "Verzekeringspresetaties in natura: mogelijkheden en grenzen", *T.Verz./Bull. Ass.* 2018, 435-452.
15. Uitvoerige analyse van deze wettelijke toepassingen: S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 256-329, nrs. 314-416.

eleerdheidBibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

wanneer de in de pakketreis beloofde reisdiensten niet-conform zijn (art. 33 e.v. Wet Pakketreizen[16]). Denk aan de reisorganisator die bij overboeking van het geboekte hotel (onmogelijkheid uitvoering in natura), bij wijze van herstel in natura een equivalent hotel, een *bed and breakfast* of vakantiewoning in de plaats verschaft.[17] Vrij gelijkaardig is de verplichting van de vervoerder (per vliegtuig, trein, schip of bus) onder de Europese passagiersverordeningen om bij annulering of voldoende vertraging alternatief vervoer uit te werken en de wachttijd wegens vertraging met catering, verfrissingen, communicatiemiddelen en soms zelfs logement in natura te herstellen.[18] Bij niet-conformiteit van unieke goederen kan de vervanging van de koopwaar voorgeschreven in het consumentenkooprecht (art. 1649*quinquies*, § 2 BW) en het Weens Koopverdrag (art. 47) herstel in natura opleveren. Voor wat de consumentenkoop betreft, denk bijvoorbeeld aan de vervanging van huisdieren[19] of tweedehandswagens.[20] Ook voor het collectief herstel op basis van een groepsvertegenwoordigende collectieve rechtsvordering is bepaald dat schadevergoeding of herstel in natura mogelijk zijn (art. XVII.54, § 1, 7° en XVII.59, § 2 WER). De kosteloze verdeling van producten bij wijze van compensatie kan hiervan een voorbeeld zijn.[21]

10. Gemeen recht: pecuniaire invulling van uitvoering bij equivalent – Naar gemeen recht wordt herstel in natura van contractuele schade niet wettelijk voorgeschreven. Ons Burgerlijk Wetboek wijdt aan de verplichting tot schadeloosstelling wegens wanprestatie slechts een handvol bepalingen. De verplichting tot schadeloosstelling die in deze bepalingen ligt vervat, vat rechtsleer traditioneel op als een uitvoeringsmodaliteit van de miskende contractuele verbintenis. In die zin wordt de schuldenaar die de schade wegens wanprestatie vergoedt, geacht deze verbintenis nog steeds uit te voeren, zij het onder een andere vorm of, anders uitgedrukt, *"bij equivalent"*.[22] Uitvoering bij equivalent staat tegenover uitvoering in natura en verschaft de schuldeiser een equivalent voor wat de uitvoering in natura hem had opgeleverd.[23] Daar waar uitvoering in natura dus de normale wijze van dwanguitvoering uitmaakt, behoort het tot de vaste cassatierechtspraak dat *"alleen wanneer die uitvoering in natura niet of niet meer mogelijk is (…) de uitvoering bij equivalent"*[24] of *"door het gelijkwaardige"*[25] moet gebeuren. Welnu, van bij het begin kreeg dit equivalent bij onze meest toonaangevende auteurs een louter pecuniaire invulling, derwijze dat alleen schadevergoeding mogelijk werd geacht.[26] Zo schrijft H. De Page dat dit equivalent *"consiste toujours, et ne peut consister qu'en une somme d'argent"*.[27] Dit sluit herstel in natura uit.

Het belangrijkste aanknopingspunt hiervoor bleek de tekst van ons Burgerlijk Wetboek, dat in de afdeling over vergoeding van schade wegens wanprestatie enkel refereert aan schadevergoeding (art. 1146-1155). Zo bepaalt artikel 1142 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 BW) voorzien enkel in schadevergoeding. Derhalve zou het Burgerlijk Wetboek de stilzwijgende regel bevatten dat de vergoeding van schade wegens wanprestatie enkel de vorm van schadevergoeding kan aannemen.

11. Inspiratie uit oude Franse cassatierechtspraak – Deze traditionele opvatting is duidelijk gebaseerd op het Franse recht. Al in een arrest van 1846 wees het Franse Hof van Cassatie de vergoeding van schade wegens wanprestatie anders dan met schadevergoeding uitdrukkelijk af.[28] In de daaropvolgende jaren wordt die rechtspraak meermaals bevestigd, steevast met de motivering gebaseerd op artikelen 1134 en 1142 van de toenmalige *Code civil* dat *"aucune disposition légale*

16. Wet 21 november 2017 betreffende de verkoop van pakketreizen, gekoppelde reisarrangementen en reisdiensten, *BS* 1 december 2017, 106.673.
17. Voor voorbeelden, zie uitvoerig: S. DE REY, "Aanspraak op reisalternatieven bij non-conformiteit: schadeherstel in natura bij niet-nakoming door de reisorganisator" in B. WYSEUR (ed.), *Recht op reis. De nieuwe wetgeving pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen,* Brugge, die Keure, 2018, 233-276.
18. Zie art. 8-9 Verord. (EU) nr. 261/2004; art. 16 en 18 Verord. (EU) nr. 1371/20047; art. 17-18 Verord. (EU) nr. 1177/2010; en art. 8, 19 en 21 Verord. (EU) nr. 181/2011.
19. Op basis van art. 1649*quinquies,* § 2 BW, bv. Gent 2 mei 2012, *DCCR* 2012, 100; Bergen 15 december 2010, *DCCR* 2012, 117, noot S. MARYSSE. Hierover bv. R. STEENNOT, "Wettelijke garantie voor 'gebrekkige' honden en katten" in N.CARETTE en B.WEYTS (eds.), *Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (555) 566 e.v. Eveneens bevestigd door art. 30, § 3 KB 27 april 2007 houdende erkenningsvoorwaarden voor inrichtingen voor dieren en de voorwaarden inzake de verhandeling van dieren (*BS* 6 juli 2007, 37170). Zie nochtans anders: Cass. (Fr.) (Civ., 1e k.) 9 december 2015, *D.* 2016, 360. Volgens de nieuwe Europese richtlijn consumentenkoop (2019/771) kunnen de lidstaten overeenkomsten van de werkingssfeer van deze richtlijn echter uitsluiten wanneer zij betrekking hebben op de verkoop van (o.a.) levende dieren (art. 3, lid 5, b).
20. Op basis van art. 1649*quinquies,* § 2 BW, bv. Gent 27 mei 2009, *NJW* 2010, 200, noot R. STEENNOT, *RW* 2010-2011, 540, noot S. MARYSSE en *TGR-TWVR* 2009, 300; Bergen (7e k.) 22 december 2016, *TBBR* 2017, 539.
21. Vgl. MvT, *Parl.St.* Kamer 2013-2014, nr. 53K3300/001 en nr. 53K3301/001, p. 42.
22. Ook in moderne doctrine is dit nog steeds gangbaar, zie bv. R. BARBAIX en N. CARETTE, *Privaat (vermogens)recht,* Antwerpen, Intersentia, 2018, 194, nr. 633; B. DE GROOTE, D. BRULOOT en R. DE CORTE, *Privaatrecht in hoofdlijnen,* vol. 2, Antwerpen, Intersentia, 2017, 265, nr. 667; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht,* 1, Brugge, die Keure, 2016, nr. 249; A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek burgerlijk recht,* III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 223, nr. 276. C. HENSKENS, "Sancties bij contractbreuk" in Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, 410.
23. H. DE PAGE omschreef het treffend als *"un succédané, un pis-aller, une compensation offerte au créancier lorsque l'exécution (…) en nature n'est pas, ou n'est plus possible"* (*Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 126, nr. 98).
24. Bv. Cass. 30 januari 1965, *JT* 1965, 312, *Pas*. 1965, 538, *RCJB* 1966, 77, noot J. DABIN, *Rec.gén.enr.not.* 1966, 436 en *RW* 1964-1965, 1553; 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* 2005-2006, 1219 en *TBBR* 2004, 405; Cass. 26 september 2003, *T.Vred*. 2006, 323, noot R. MARCHETTI.
25. 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* 1995-1996, 532.
26. Chronologisch, zie o.m. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Brussel, Bruylant, 1878, 398-399, nr. 337; A. KLUYSKENS, *De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1948, nr. 66, 5°; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 242.
27. *O.c.* vn. 23, III, 126, nr. 98A.
28. Cass. (Fr). (Civ.) 21 juli 1846, *D.* 1847, jur. IV, col. 278, nr. 41 en *S.* 1846, 752-753.

KeuleerdheidBibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

n'autorise les tribunaux à condamner une partie, en réparation d'un dommage causé par elle, à exécuter un acte qui ne lui est imposé ni par une convention, ni par la loi, alors qu'elle refuse de l'accomplir".[29] De prestatie bevolen bij wijze van herstel in natura vloeit anders dan uitvoering in natura niet voort uit het contract (art. 1134) en anders dan schadevergoeding evenmin uit de wet (art. 1142). Daarom werd de veroordeling tot herstel in natura volkomen arbitrair bevonden. Al gauw kreeg deze rechtspraak weerklank in de gevestigde Franse doctrine.[30]

5. Herinterpretatie van artikelen 1142-1144 BW

12. Eerste beweging: creatieve invulling van artikelen 1142-1144 BW – Om herstel in natura met de artikelen 1142 e.v. BW te verzoenen, werden in de loop der tijd verschillende argumenten ontwikkeld. In een eerste beweging spitste deze argumentatie zich toe op een creatieve lezing van deze bepalingen. Drie verschillende interpretaties tekenden zich hierbij af.

Een *eerste* interpretatie perkte de draagwijdte van artikel 1142 BW via een *a-contrario*-redenering in. Aangezien artikel 1142 BW beperkt is tot verbintenissen om te doen en om niet te doen, zou de regel van het pecuniair schadeherstel die erin vervat ligt niet op verbintenissen om te geven toepasselijk zijn.[31] Deze interpretatie bood echter geen soelaas voor verbintenissen om (niet) te doen. In een *tweede* interpretatie werd de notie 'schadevergoeding' uit artikel 1142 BW daarom extensief opgevat. Schadevergoeding zou niet beperkt zijn tot de betaling van een geldsom, maar ook in andere vormen kunnen worden toegekend.[32] Een *derde* interpretatie zag in de artikelen 1143-1144 BW een tekstueel argument in het voordeel van herstel in natura. Net na de regel van het pecuniair schadeherstel uit artikel 1142, bepaalt het Burgerlijk Wetboek namelijk dat de schuldeiser *"niettemin"* het recht heeft om de vervanging van de schuldenaar te vragen (art. 1143-1144). Uit deze formulering zou blijken dat artikelen 1143-1144 BW als afwijking van artikel 1142 BW zijn gecodificeerd en dus als een wettelijke bevestiging van de mogelijkheid tot non-pecuniair schadeherstel.[33] Hoewel onze bodemrechtspraak deze opvatting een tijdje heeft gevolgd[34] en soms nog volgt[35], worden de artikelen 1143-1144 BW vandaag niet als herstel in natura, maar wel als uitvoering in natura gekwalificeerd.[36] Behalve wanneer de verbintenis aan de zijde van de schuldenaar *intuitu personae* is aangegaan, heeft de persoon van de schuldenaar voor de nakoming van de verbintenis immers geen doorslaggevend belang.[37]

13. Tweede beweging: nieuwe lezing van artikel 1142 BW – Geen van deze interpretaties bleek doorslaggevend. Veel belangrijker voor de aanvaarding van herstel in natura, bleek de vaststelling dat de materieelrechtelijke draagwijdte van artikel 1142 BW niet met de letterlijke bewoording van deze wetsbepaling overeenstemt.

Vooral het proefschrift van P. Wéry uit 1993, gewijd aan een nieuwe lezing van de artikelen 1142-1144 BW[38], speelde hierin een cruciale rol. Daarin toont de auteur overtuigend aan dat artikel 1142 BW met zijn ietwat onhandige formulering enkel uitdrukking wil geven aan het beginsel dat elke vorm van fysieke dwang op de persoon verbiedt, ter vrijwaring van eenieders fysieke individuele vrijheid en menselijke waardigheid[39] of in modernere termen, van de fysieke integriteit zoals gewaarborgd bij artikel 8 EVRM.[40] In die zin vormt artikel 1142 BW een toepassing van het algemeen rechtsbeginsel *nemo potest praecise cogi ad factum*.[41] Anders gezegd, in deze herinterpretatie schrijft artikel 1142 BW enkel voor dat wanneer de schuldenaar zijn veroordeling tot uitvoering in natura niet nakomt, er in geen geval fysieke dwang op zijn persoon mag worden uitgeoefend om die veroordeling af te dwingen[42], maar dat de schuldenaar finaal slechts schadeloosstelling verschuldigd kan zijn. In

29. Cass. (Fr.) (Civ.) 9 juli 1888, *D.* 1889, 156 en *S.* 1889, 381; Cass. (Fr.) (Civ.) 4 juni 1924, *D.* 1927, 316 en *S.* 1925, 97, noot L. HUGUENEY.
30. Chronologisch, zie o.m. T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 7, Parijs, 1894, nr. 135; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français,* VI, Parijs, LGDJ, 1930, nr. 822; G. RIPERT en J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, II, Parijs, LGDJ, 1957, nr. 824; A. COLIN en H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, II, Parijs, Dalloz, 1959, nr. 890; L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de droit civil*, II, Parijs, Dalloz, 1959, nr. 890; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Parijs, Sirey, 1965, 378; A. WEILL, *Les obligations*, Parijs, Dalloz, 1971, nrs. 428-430; J. CARBONNIER, *Les obligations*, Parijs, PUF, 1976, nr. 76; Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Parijs, Dalloz, 1982, 326; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Parijs, LGDJ, 2007, nr. 105; A. BÉNABENT, *Les obligations*, Parijs, Montchrestien, 2014, nr. 403.
31. Met deze argumentatie o.a. H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile,* Parijs, LGDJ, 1962, 47, nr. 88; G. MARTY en P. RAYNAYD, *Droit civil. Les obligations,* II/1, Parijs, Sirey, 1962, 556.
32. Met deze argumentatie bv. A. EL-KHOLY, *La réparation en nature en droit français et droit égyptien*, Caïro, Imp. UC, 1954, 115; G. BAUDRY-LACANTINERIE en L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations,* I, Parijs, 1897, nr. 449. Merk overigens op dat het Nederlandse recht met deze terminologie rekening houdt in artikel 6:103 Nederlands BW.
33. Zie m.n. R. PIRSON en A. DE VILLE, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle,* I, Brussel, Bruylant, 1935, 545; J. NORMAN, *Le juge et le litige*, Parijs, LGDJ, 1965, 115; F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations: théorie générale*, Parijs, Montchrestien, 1998, 1022, nr. 935.
34. O.a. Brussel 10 juli 1950, *Pas.* 1951, 38, *JT* 1951, 9 en *TBH* 1951, 355; Brussel 13 januari 1971, *Pas.* 1971, 105; Rb. Brussel 5 april 1988, *Pas.* 1988, 93; Kh. Brussel 7 april 1977, *TBH* 1977, 635.
35. Bv. Luik (13e k.) 22 oktober 2013, *TBBR* 2014, 188; Bergen 2 mei 2016, AR 2015/RG/383, www.juridat.be; Kh. Hasselt (1e k.) 1 juli 2008, *Limb. Rechtsl.* 2008, 343.
36. Zie m.n. het principesarrest Cass. 6 maart 1919, *Pas.* 1919, 80. Uitvoerig en richtinggevend in dit verband: P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires,* Brussel, Kluwer, 1993, nrs. 78 e.v.
37. Hierover S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 565, nrs. 690 e.v. met een voorgestelde nieuwe lezing van art. 1143-1144 BW (p. 586, nrs. 709 e.v.).
38. *O.c.* vn. 36, 27-82.
39. Bv. H. DE PAGE, *o.c.* vn. 23, III, 125, nr. 96; J. RONSE, "De dwangsom in het Belgische recht" in Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (ed.), *Jaarboek* 1961-1962–VIII, Antwerpen, De Sikkel, (107) 109, vn. 4; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 243.
40. N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten,* Antwerpen, Intersentia, 2009, 486, nr. 835.
41. Zie Cass. 8 juni 1849, *Pas.* 1850, (81) 90; Cass. 5 januari 1968, *Arr. Cass.* 1968, 607, *Pas.* 1968, 567, *JT* 1968, 238 en *RW* 1967-1968, 1535; Cass. 7 maart 1975, *Arr.Cass.* 1975, 764, *Pas.* 1975, 692 en *RW* 1974-1975, 2335; Cass. 23 december 1977, *Arr.Cass.* 1978, 505, *Pas.* 1978, 477, *JT* 1978, 558, *RW* 1978-1979, 362, noot A. VAN OEVELEN, *Rev.not.b.* 1979, 467 en *T. Not.* 1979, 21.
42. (Indirecte) dwang op zijn vermogen is wel mogelijk via de dwangsom (art. 1385*bis* Ger.W.).

Download date: 12-03-2020 ...eleerdheidBibliotheek Maatwerkcontract

die zin heeft artikel 1142 BW uitsluitend betrekking op de dwanguitvoering van de rechterlijke veroordeling. Vandaag is deze herinterpretatie algemeen aanvaard.[43]

Anders dan de tekst van artikel 1142 BW doet uitschijnen, lost de miskenning van een contractuele verbintenis zich vandaag dus niet (meer) automatisch op in schadevergoeding. Ons Hof van Cassatie heeft dit al vrij vroeg aanvaard in een principesarrest van 6 maart 1919[44], maar een arrest van 5 januari 1968 is nog duidelijker: *"artikel 1142 van het Burgerlijk Wetboek (…) belet niet dat de uitvoering van de verbintenis in natura zou worden gevorderd en door de rechter bevolen wanneer zij nog mogelijk is"*.[45] Thans behoort het tot de vaste cassatierechtspraak dat *"de schuldeiser de uitvoering in natura van een verbintenis (…) kan bekomen, behalve wanneer die uitvoering niet meer mogelijk is of indien zij de persoonlijke daad van de schuldenaar vereist"*.[46] Volgens het Hof is *"uitvoering in natura de normale wijze van gedwongen uitvoering (…)"*[47], reden waarom het gewaagt van een *"principieel recht om de gedwongen uitvoering van de (…) overeenkomst te verkrijgen"*.[48] Dat geldt zowel voor verbintenissen om te geven[49], te doen of niet te doen[50], als voor verbintenissen tot betaling van een geldsom.[51]

14. Derde beweging: ontwikkeling contractuele aansprakelijkheid – Uit deze herinterpretatie bleek dat de schijnbaar exclusief pecuniair georiënteerde artikelen 1142 e.v. BW een non-pecuniaire veroordeling wegens wanprestatie niet beletten. Daar waar uitvoering in natura hierdoor snel ingang vond, bleef herstel in natura controversieel. Het sluitstuk in het aanvaardingsproces van herstel in natura vereiste een derde beweging. Die ging hand in hand met een modernere kijk op de verplichting tot schadeloosstelling wegens wanprestatie.

De voorstelling van deze verplichting als een uitvoering bij equivalent van de miskende contractuele verbintenis werd immers misleidend bevonden. Zij deed afbreuk aan haar essentieel vergoedende functie. Als slachtoffer van de wanprestatie moet de schuldeiser echter over een aanspraak op vergoeding van zijn schade beschikken, in die zin dat hij bij wanprestatie niet in de kou blijft staan en de door de wanprestatie veroorzaakte schade op de schuldenaar kan afwentelen. Eigenlijk is dit de toepassing van het sociomorele uitgangspunt dat schade niet blijft liggen waar ze valt wanneer iemands fout of onrechtmatig gedrag deze schade veroorzaakt. Anders dan in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, waar dit principe in artikelen 1382-1383 BW verankerd ligt, ontbreekt een soortgelijke bepaling in ons contractenrecht. Als antwoord daarop ontwikkelde M. Planiol in zijn *Traité* de theorie van de contractuele aansprakelijkheid.[52] Analoog aan deze buitencontractuele sleutelbepalingen, doet de contractuele aansprakelijkheid een nieuwe wettelijke (secundaire) verbintenis ontstaan tot vergoeding van de schade die de miskenning van de contractuele (primaire) verbintenis veroorzaakt. Hoewel deze wettelijke verbintenis tot vergoeding van wanprestatieschade zich buiten de wettekst van het Burgerlijk Wetboek situeert, maakt ze vandaag wel degelijk deel uit van ons positief recht. Anders dan naar Frans recht, waar het concept van de contractuele aansprakelijkheid onder aanvoering van een ophefmakend artikel van Ph. Rémy sinds de jaren '90 werd betwist[53], is de theorie van de contractuele aansprakelijkheid naar Belgisch recht nooit controversieel geweest. Vaak gebruikt onze doctrine 'uitvoering bij equivalent' en 'contractuele aansprakelijkheid' door elkaar[54] of als gelijkbetekenende begrippen.[55] Thans blijkt de contractuele aansprakelijkheid en haar functie in onze Nederlandstalige[56] en Franstalige[57] rechtsleer duidelijk aanvaard.

15. Eerste (voorzichtige) aanvaarding van herstel in natura – Aangezien in deze opvatting de verplichting

43. Zie met de herneming van die lezing, uitdrukkelijk bv.: M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats,* Diegem, Kluwer, 1999, 121-122, nr. 167; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten,* Antwerpen, Maklu, 1994, 334, nr. 241, vn. 78; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *JT* 1996, (689) 721, nr. 94; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 182.
44. *Pas.* 1919, 80.
45. *Arr.Cass.* 1968, 607, *Pas.* 1968, 567, *JT* 1968, 238 en *RW* 1967-1968, 1535.
46. Cass. 12 september 1958, *Arr.Cass.* 1959, 32 en *Pas.* 1959, 45. Ook: Cass. 17 maart 1921, *Pas.* 1921 en *Rev.not.b.* 1922, 326.
47. Cass. 14 april 1994, gecit. in vn. 25; Cass. 30 januari 2003, gecit. in vn. 24.
48. Cass. 3 februari 2017, C.16.0055.N, *Huur* 2017, 190 en *TBO* 2017, 498.
49. Bv. Cass. 6 maart 1919, *Pas.* 1919, 80.
50. Bv. Cass. 14 april 1994, gecit. in vn. 25; Cass. 30 januari 2003, gecit. in vn. 24.
51. Bv. Cass. 28 november 2002, C.01.0076.F, *Arr.Cass.* 2002, 2595, *Pas.* 2002, 2277, *RGAR* 2004, nr. 13.820, *RW* 2004-2005, 1457, *T.Verz.* 2003, 587 en *Verkeersrecht* 2003, 198.
52. *Traité élémentaire de droit civil*, III vols., Parijs, LGDJ, 1905.
53. "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", *RTD civ.* 1997, 323-355.
54. O.a. M. COIPEL, *o.c.* vn. 43, 124; B. DE GROOTE, D. BRULOOT en R. DE CORTE, *o.c.* vn. 22, 265, nr. 667.
55. Bv. S. JANSEN, *Prijsvermindering. Remedie tot bijsturing van contracten,* Antwerpen, Intersentia, 2015, 992, nr. 1236; P. WÉRY, *Droit des obligations,* I, Brussel, Larcier, 2011, 510, nr. 533.
56. O.m. B. CLAESSENS, S. HEIRBRANT en S. VEREECKEN, "Contractuele aansprakelijkheid" in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht,* Mechelen, Kluwer, 2017, losbl., II.4-146 e.v.; R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen", *TPR* 1994, (171) 488, nrs. 202 e.v.; S. STIJNS en S. COVEMAEKER, "Overzicht van rechtspraak inzake contractuele aansprakelijkheid" in *Themis Verbintenissenrecht,* 5, Brugge, die Keure, 2001, 54; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief,* Brugge, die Keure, 2017, 43, nrs. 123 e.v.; Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS, "De contractuele aansprakelijkheid" in Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, 343, nrs. 487 e.v.
57. O.m. B. DUBUISSON en P. JOURDAIN (eds.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé,* Brussel, Bruylant, 2015, 1135 p.; I. DURANT, "Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid,* Brugge, die Keure, 2010, (53), 53; J.-Fr. GERMAIN, "Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat" in J.F. ROMAIN (ed.), *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité,* Brussel, Bruylant, 2014, (107) 107 e.v.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, *o.c.* vn. 43, *JT* 1996, 723, nrs. 101 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations* in *Traité de droit civil belge,* II/1, Brussel, Bruylant, 2013, 862, nr. 561; P. WÉRY, *o.c.* vn. 55, I, 510-511, nr. 533.

Universiteitsbibliotheek Maastricht Download date: 12-03-2020

tot schadeloosstelling wegens wanprestatie niet meer op artikel 1142 BW wordt gebaseerd, maar rechtstreeks op de contractuele aansprakelijkheid als een autonome bron van verbintenis, bleek de vorm waarin deze schadeloosstelling kan worden toegekend niet meer van de tekst van artikel 1142 BW afhankelijk. Dit bood een opening om naast schadevergoeding, ook herstel in natura toe te laten. Eerst gebeurde dit ietwat aarzelend. Een voorzichtige erkenning vinden we bij R.O. Dalcq.[58] Zonder duidelijk te schrijven dat het om herstel in natura gaat, schrijven H. Bocken en B. De Temmerman dertig jaar later dat *"de rechter kan (…) afwijken van het loutere toekennen van schadevergoeding om het herstel van de schade op de meest aangepaste wijze te verwezenlijken. Tussen uitvoering in natura en het enkele betalen van een geldsom als schadevergoeding liggen dus overgangsvormen".*[59]

De echte doorbaak komt er onder aanvoering van P. Wéry, die als eerste Belgische auteur, te beginnen in zijn proefschrift (1993)[60], later in zijn handboek (2011)[61], het onderscheid tussen uitvoering in natura en herstel in natura duidelijk op de kaart zet. Naar Belgisch recht is zijn handboek het enige dat herstel in natura als een volwaardige sanctie wegens wanprestatie behandelt. Hoewel er vandaag nog rechtsleer is die voor de vergoeding van contractuele schade exclusief in termen van schadevergoeding redeneert[62], wordt herstel in natura van contractuele schade sinds de jaren '90 steeds vaker aanvaard.[63]

16. Duidelijke aanvaarding in Frans recht – Opnieuw was het Franse recht hiervoor richtinggevend. Op basis van het baanbrekende proefschrift van M.-È. Roujou de Boubée uit 1974[64] – dat in België opvallend lang onopgemerkt bleef – en actuele voorvechters zoals G. Viney[65] en B. Barry[66], heeft de meerderheid van de Franse rechtsleer herstel in natura van contractuele schade sinds de jaren '80 aanvaard.[67] De rechtspraak bleef niet achter. Hoewel het Franse Hof van Cassatie zich nooit expliciet in het voordeel van herstel in natura heeft uitgesproken, lijkt het Hof sinds de jaren 1950 te zijn omgegaan (vgl. *supra* nr. 11) en het herstel in natura van contractuele schade in enkele arresten impliciet te aanvaarden.[68]

Zo oordeelt het over een bewaarnemer die zijn teruggaveverbintenis miskent, dat de bodemrechter naar recht oordeelt dat *"une restitution par équivalence, d'objets de même nature pouvant se trouver dans le commerce, sera le meilleur mode de réparation du préjudice".*[69] In een zaak over gebreken aan een bouwwerk die wegens onvoldoende toezicht niet aan de aannemer, maar enkel aan de architect toerekenbaar waren, veroordeelden de appelrechters de architect tot herstelling van de gebreken. In zijn cassatiemiddel wierp de architect op dat zijn opdracht als architect beperkt bleef tot het ontwerp van bouwplannen en de uitoefening van toezicht over de werken, maar hij contractueel in geen geval tot herstelwerken gehouden kon zijn. Het Franse Hof van Cassatie verwierp dit middel: *"l'obligation de réparer le dommage est distincte de l'obligation contractuelle dont la violation a causé le dommage, qu'en condamnant (l'architecte), après la réalisation du dommage, à faire effectuer à ses frais les travaux énumérés au rapport, sous la surveillance de (l'expert), les juges du fond n'ont pas méconnu la nature des conventions liant l'architecte à ses clients".*[70] Deze impliciete erkenning van

58. "Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial belge" in *Travaux de l'association Henri Capitant,* XVII, Parijs, Dalloz, 1964, (68) 76.
59. R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. TEMMERMAN, *o.c.* vn. 56, *TPR* 1994, (171) 644, nr. 341.
60. *O.c.* vn. 36, 172, nrs. 128 e.v.
61. *O.c.* vn. 55, I, 565 e.v. Van dezelfde auteur, o.a.: "La réparation en nature en matière contractuelle" (noot onder Rb. Luik 6 juni 1995), *DIT* 1996, 49 e.v.; "L'exécution 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) 234 e.v.; "Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelle" in P. WÉRY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil,* Brussel, la Charte, 2004, (287) 318 e.v.; "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) 95 e.v.
62. O.a. B. DE GROOTE, D. BRULOOT en R. DE CORTE, *o.c.* vn. 22, 265, nr. 667; W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 185. C. HENSKENS, "Sancties bij contractbreuk" in Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, 410-411.
63. Chronologisch, o.m. S. STIJNS, *o.c.* vn. 43, 1994, nr. 239; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, *o.c.* vn. 43, *JT* 1996, 729, nr. 115; M. COIPEL, *o.c.* vn. 43, 127, nr. 173; C. CAUFFMAN, *Verbindende eenzijdige belofte,* Antwerpen, Intersentia, 2005, 823, nr. 1256; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.* vn. 57, 836, nr. 545, 8; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 390-391, nr. 343; J.-Fr. GERMAIN, *o.c.* vn. 57, (107) 109 e.v.; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten,* Antwerpen, Intersentia, 2014, 941-942, nr. 1116; S. JANSEN, *o.c.* vn. 55, 516-519, nr. 659; S. STIJNS, *Leerboek, o.c.* vn. 22, nr. 242; T. HENS, W. VAN PUTTEN, M.-A. VEGA LEON, J. DEENE, S. VEREECKEN en S. HEIRBRANT, "De gevolgen van de contractuele aansprakelijkheid" in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht,* Mechelen, Kluwer, 2017, losbl., II.4-183, nr. 1837; B. VERKEMPINCK, *o.c.* vn. 56, nr. 5; S. DE REY, *o.c.* vn. 2, nrs. 133 e.v. en de verwijzingen daar.
64. *Essai sur la notion de réparation*, Parijs, LGDJ, 1974, 493 p.
65. Samen met P. JOURDAIN en S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité* in J. GHESTIN (ed.), *Traité de droit civil,* Parijs, LGDJ, 2017, 85, nrs. 62 e.v; "Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français" in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles,* Brussel/Parijs, Bruylant/LGDJ, 2001, (167) 195, nrs. 32 e.v.; "Réparation en nature, cessation de l'illicite et mesures purement préventives" 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, (7) 9 e.v.
66. *La réparation en nature*, Toulouse/Parijs, PU Toulouse 1 Capitole/LGDJ, 2016, 630 p.
67. Vóór de hervorming van 2016, chronologisch vanaf 1980 o.m. Ph. TOURNEAU, *La responsabilité civile,* Parijs, Dalloz, 1982, 329; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Les obligations,* Parijs, Sirey, 1988, 735-736; F. CHABAS, *Leçons de droit civil: obligations. Théorie générale,* Parijs, Montchrestien, 1998, nr. 621; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé,* Aix-Marseille, PUF, 2002, nrs. 188 e.v.; J. COULET, *L'exécution,* Parijs, ANRT, 2007, 272, nrs. 253 e.v.; L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé,* Parijs, LGDJ, 2010, 403-404, nr. 474; P. GROSSER, "Bref retour sur les effets de la responsabilité contractuelle" in *Mélanges en l'honneur de François Chabas,* Parijs, Bruylant, 2011, (369) 370-371; F. TERRÉ, Ph. SIMLER en Y. LEQUETTE, *Les obligations,* Parijs, Dalloz, 2013, 648, nr. 594; I. ALVAREZ, *Essai sur la notion d'exécution contractuelle,* Parijs, L'Harmattan, 2017, 379-380, nr. 580.
68. O.m. Cass. (Fr.) (Civ., 1e k.) 28 april 1986, nr. 84-13753 en *Bull.civ.* 1968, nr. 107; Cass. (Fr.) (Civ., 3e k.) 16 juni 2015, nr. 14-14612 en ECLI:FR:CCASS:2015:C300697; Cass. (Fr.) (Civ., 3e k.) 16 juni 2015, nr. 14-12548, *RDC* 2015, 839, noot Th. GENICON.
69. Cass. (Fr.) (Civ., 1e k.) 20 januari 1953, *D.* 1953, 222-223 en *JCP* 1953, II, nr. 7677, noot P. ESMEIN.
70. Cass. (Fr.) (Civ., 3e k.) 28 februari 1969, *Bull.civ.* 1969, III, nr. 182 en nr. 67-10.996.

eleerdheidBibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

herstel in natura van contractuele schade ontwikkelde zich in de doctrine al snel tot een principesarrest.

6. Onzekerheid in de rechtspraak

17. Onduidelijkheid in cassatierechtspraak – Anders dan in het Franse recht, bleef herstel in natura van contractuele schade binnen onze rechtspraak onzeker. Hoewel ons Hof van Cassatie over de vraag nooit expliciet uitspraak deed, redeneren de cassatierechters in hun rechtspraak over schadeloosstelling wegens wanprestatie tot voor het geannoteerde arrest uitsluitend in termen van schadevergoeding. Zo oordeelt het Hof van Cassatie dat wanneer uitvoering in natura niet (meer) mogelijk is, *"le juge n'a pas à rechercher les origines de l'impossibilité qui s'oppose à l'exécution (…), car dès que sa réalité se trouve constatée (…), elle entraîne, sauf le cas de force majeure, la substitution des dommages-intérêts"*.[71] Ook in andere arresten lijkt het Hof van Cassatie automatisch en uitsluitend naar schadevergoeding terug te grijpen.[72] De recentere cassatierechtspraak gewaagt doorgaans van *"het recht (…) op vergoeding van de schade (…) wegens de wanprestatie"*, wat het Hof van Cassatie concretiseert als *"het recht op schadevergoeding ten gevolge van de wanprestatie"*.[73]

Toch is er vóór het geannoteerde arrest al cassatierechtspraak die op dit punt breder is geformuleerd en een interpretatie in het voordeel van herstel in natura van contractuele schade kan toelaten. Een bijzonder aanknopingspunt is de cassatierechtspraak over rechtsmisbruik. Volgens ons Hof van Cassatie bestaat de sanctie voor het misbruik van contractuele rechten immers *"in het opleggen van de normale uitoefening ervan of in het herstel van de schade ten gevolge van het misbruik"*.[74] Vooral deze laatste mogelijkheid, d.i. het herstel van de schade, is hier van belang. Het is duidelijk dat dit schadeherstel een pecuniaire invulling kan krijgen, zoals (een vermindering van) schadevergoeding[75] of intresten.[76] Toch lijkt het Hof van Cassatie ook een non-pecuniaire invulling van dit stadsherstel te aanvaarden. In een arrest van 8 februari 2001 over de abusieve uitoefening van een schadebeding, oordeelt het Hof namelijk dat het schadeherstel wegens misbruik van contractuele rechten *"er kan in bestaan dat aan de schuldeiser het recht wordt ontzegd om op dat beding een beroep te doen*".[77] Een arrest van 2 februari 2018 bevestigt deze rechtspraak met dezelfde overweging.[78] Daarmee lijkt het Hof van Cassatie aan te geven dat het herstel van contractuele schade (ten minste bij rechtsmisbruik) niet noodzakelijk pecuniair, maar ook in een andere vorm dan schadevergoeding kan worden toegekend.[79] Rechtsleer kwalificeert de ontzegging van de rechtsuitoefening wegens misbruik van contractuele rechten dan ook doorgaans als herstel in natura van contractuele schade.[80]

Nochtans is het niet zeker of het Hof van Cassatie dit zo bedoelt. Een arrest van 19 oktober 2018 beschouwt de ontzegging van de rechtsuitoefening wegens rechtsmisbruik namelijk niet als het herstel van de schade (schadeherstel), maar als de oplegging van de normale rechtsuitoefening (rechtsherstel).[81] Dit is verenigbaar met een minderheidsstrekking uit de rechtsleer. Die kwalificeert de ontzegging van de rechtsuitoefening niet als herstel in natura, maar als een vorm van uitvoering in natura[82], in het bijzonder van de gematigdheidsplicht van de schuldeiser (*devoir de modération*), die ten grondslag ligt aan het (negatief geformuleerde) verbod op rechtsmisbruik. Die interpretatie veronderstelt echter dat het Hof van Cassatie in de goede trouw respectievelijk in het algemeen verbod op rechtsmisbruik een algemene positieve verbintenis leest tot gematigd optreden bij een rechtsuitoefening. In het positief recht blijkt dit in de (cassatie) rechtspraak echter (nog) niet het geval. Daarom kwalificeert deze minderheidsopvatting de positieve verbintenis uit de goede trouw *c.q.* het algemeen verbod op rechtsmisbruik niet als een verbintenis, maar als een *Obliegenheit* (*incombance*). De ontzegging van de rechtsuitoefening wordt dan gekwalificeerd als de uitvoering in natura van deze *Obliegenheit* tot gematigd

71. Cass. 28 april 1922, *Pas.* 1922, 255.
72. O.m. Cass. 24 maart 1972, *Arr.Cass.* 1972, 707, *Pas.* 1972, 693 en *RW* 1971-1972, 2023; Cass. 13 oktober 2011, C.10.0642.N, *Arr.Cass.* 2011, 2096, *Pas.* 2011, 2237 en *RPS* 2011, 444.
73. Bv. Cass. 5 december 2014, C.14.0061.N, *Arr.Cass.* 2014, 2819, *Pas.* 2014, 2769, *RABG* 2015, 411 en *TBO* 2015, 95.
74. Bv. Cass. 8 februari 2001, C.98.0470.N, *Arr.Cass.* 2001, 245, *Pas.* 2001, 244, *JT* 2002, 475, *RW* 2001-2002, 778, noot A. VAN OEVELEN, *TBBR* 2004, 396 en *T.Not.* 2001, 473, noot C. DEWULF. Zie *quasi* identiek: Cass. 16 december 1982, *Arr.Cass.* 1982-1983, 518 en *Pas.* 1983, 472; Cass. 18 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-1988, 790, *Pas.* 1988, 728, *RW* 1988-1989, 1226, noot en *TBH* 1988, 696, noot E. DIRIX; Cass. 11 juni 1992, *Arr.Cass.* 1991-1992, 965, *Pas.* 1992, 898, *JT* 1992, 676 en *RW* 1992-1993, 373; Cass. 6 januari 2011, C.09.0624.F, *Arr.Cass.* 2011, 41, *Pas.* 2011, 44, *TBBR* 2012, 388, noot P. BAZIER en *TBO* 2011, 109, met concl.; Cass. 2 februari 2018, C.17.0386.F, *TBBR* 2019, 508 en *JT* 2018, 462, noot F. GLANSDORFF; Cass. 19 oktober 2018, C.15.0086.N, www.juridat.be.
75. O.m. Brussel 10 december 2002, *JT* 2003, 155; Luik 30 november 2006, *JLMB* 2007, 1336; Vred. Fontaine-l'Evêque 22 januari 2004, *JLMB* 2005, 220.
76. Bv. Luik 4 december 1998, *JLMB* 1999, 1732.
77. Gecit. in vn. 74.
78. Gecit. in vn. 74. Hetzelfde wordt aanvaard voor de uitoefening van gemeenrechtelijke sancties wegens wanprestatie, zoals voor uitvoering in natura (Cass. 6 januari 2011, gecit. in vn. 74) of de gerechtelijke ontbinding (Cass. 1 oktober 2010, *Pas.* 2010, 2470, *RW* 2011-2012, 142, noot S. JANSEN en S. STIJNS en *TBBR* 2012, 387, noot P. BAZIER).
79. Zie S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 129-131, nr. 165.
80. O.a. J. BAECK, "Gevolgen tussen partijen" in *Comm.Bijz.Ov.*, Mechelen, Kluwer, losbl., 2007, nrs. 89-90; 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) 400; A. DE BOECK en F. VERMANDER, "Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtsuitoefening aan banden gelegd" in A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN en J. ROZIE (eds.), *Rechtsmisbruik,* Antwerpen, Intersentia, 2015, (29) 47, nr. 22; L. GEUDENS, *Het verbod op rechtsmisbruik in contracten,* Brugge, die Keure, 2014, 103, nr. 128; A. LENAERTS, *o.c.* vn. 63, 390, nr. 343; S. STIJNS en F. VERMANDER, "Jurisprudentiële ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen" in *Themis Verbintenissenrecht,* nr. 95, Brugge, die Keure, 2015, (79) 102, nr. 28; S. STIJNS en F. AUVRAY, "Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat: critères et sanctions" in *Les obligations contractuelles,* CJBB, Brussel, Larcier, 2016, (269) 299-300; F. VERMANDER, *o.c.* vn. 63, 1024-1025, nr. 1195.
81. Cass. 19 oktober 2018, C.15.0086.N, overw. 2 (inz. invordering van dwangsom).
82. M.n. 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, 127; P. WÉRY, *o.c.* vn. 55, I, 465, nr. 488. Sluit zich daarbij aan: P. BAZIER, *o.c.* vn. 80, *TBBR* 2012, (393) 397.

Universiteitsbibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

optreden.[83] Hoe dan ook, wat de kwalificatie ook zij, het is duidelijk dat deze cassatierechtspraak herstel in natura van contractuele schade geen stevige verankering verleent.

18. Aanvaarding in (beperkte) feitenrechtspraak – De onduidelijkheid in de cassatierechtspraak heeft de feitenrechtspraak er niet van weerhouden om in een aantal relatief recente beslissingen het herstel in natura van contractuele schade toe te kennen. Ondanks het beperkt aantal beslissingen, betreft het zowel Nederlandstalige als Franstalige rechtspraak, van elk van de onderscheiden niveaus: vredegerechten, rechtbanken en hoven van beroep.

Zo kent het Brusselse arbeidshof herstel in natura toe aan een werknemer die schade lijdt binnen de sociale zekerheid wegens miskenning door zijn werkgever van diens tewerkstellingsverbintenis.[84] Deze rechtspraak is zeer duidelijk: *"Herstel in natura is een vorm van herstel van de schade en is niet te verwarren met de uitvoering in natura van de verbintenis".* Eveneens ondubbelzinnig is het arrest van het hof van beroep te Luik over een gevelbekleding die afbrokkelt wegens wanprestatie van een aannemer. Daarin erkent het hof de mogelijkheid tot *"une réparation en nature du dommage causé par la faute contractuelle du débiteur, un équivalent non pécuniaire de ce que l'exécution en nature aurait procuré au créancier".*[85] Over de miskenning door de verzekeraar van zijn informatie- en loyaliteitsverplichting tegenover de verzekeringsnemer oordeelt het hof van beroep te Bergen dat *"ce de dommage peut faire l'objet d'une réparation en nature qui peut consister dans le maintien de cette garantie".*[86] De rechtbank van koophandel te Bergen oordeelt dat *"la responsabilité contractuelle constitue la source d'une obligation nouvelle de réparation du dommage causé. Cette réparation peut avoir lieu en nature".*[87] Over een telefoonmaatschappij die een arts vergat op te nemen onder de medische rubriek in het telefoonboek, oordeelde de rechter te Luik dat zij bij wijze van herstel in natura de coördinaten van de arts op elke naar de geabonneerden verzonden factuur moest vermelden.[88] Toen een huurgoed door de wanprestaties van de verhuurder onbewoonbaar werd, veroordeelde de vrederechter van Jumet de verhuurder tot terbeschikkingstelling van een ander, equivalent huurgoed. Volgens de vrederechter vereistte dit *"la réparation de ce dommage en nature et non par équivalent".*[89]

De gepubliceerde feitenrechtspraak die herstel in natura van contractuele schade toepast, blijft echter schaars. Het overzicht hierboven is quasi exhaustief. Meestal maakt de feitenrechtspraak het onderscheid tussen uitvoering in natura en herstel in natura (nog) niet[90] en wordt herstel in natura naar gemeen recht niet gevorderd, minstens niet in het vizier genomen.

7. Discrepantie met buitencontractuele aansprakelijkheid

19. Herstel in natura van buitencontractuele schade onbetwist – De aversie tegenover herstel in natura in ons contractenrecht staat in schril contrast met ons buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Op basis van het Franse *réparer* (herstellen, (weer) goedmaken, v° *réparer* bij Van Dale) dat in zijn gewoonlijke betekenis iets ruimer is dan het woord 'vergoeden' in de Nederlandse vertaling van artikel 1382 BW, is de brede formulering van deze wetsbepaling aangegrepen om daarin een wettelijke grondslag te lezen voor meer dan alleen schadevergoeding. Het Hof van Cassatie bevestigt dit voor het eerst in een arrest van 30 januari 1965[91], waarin het de vernietiging van een contract op grond van artikel 1382 BW wegens derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk als een *"vergoeding in natura"* kwalificeert. Sindsdien behoort het tot de vaste cassatierechtspraak dat de artikelen 1382-1383 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".*[92] Het Grondwettelijk Hof bevestigde dit recentelijk.[93]

In deze rechtspraak wordt herstel in natura vaak aangegrepen als een elastische rechtsgrond, die bij gebrek aan duidelijke contouren haast eender welke non-pecuniaire veroordeling mogelijk maakt. Vaak betreffen deze veroordelingen dan ook eerder

83. M.n. P. BAZIER, *o.c.* vn. 80, *TBBR* 2012, (393) 369, nr. 9. Deze omweg voegt weinig toe, aangezien deze auteurs in hun opvatting meteen afwijken van precies een van de voornaamste kenmerken van *Obliegenheiten,* namelijk dat deze per definitie niet vatbaar zijn voor uitvoering in natura (*cfr.* M. FONTAINE, "Obliegenheit, incombance?" in *Liber Amicorum Hubert Claassens,* Antwerpen, Maklu, 1998, 151-163; M. HOUBEN, "Quelques considérations en faveur de l'intégration de l'incombance en droit privé belge", *Ann. dr.Louvain* 2016, 91-139).
84. Bv. Arbh. (3e k.) Brussel 2 juli 2019, AR 2018/AB/307, onuitg.; Arbh. Brussel 9 april 2018, AR 2017-AB-220, *Or.* 2019, afl. 4, 21 (weergave); Arbh. (5e k.) 16 november 2015, *JTT* 2016, 102; Arbh. Brussel (5e k.) 18 mei 2015, *TBBR* 2016, 256, noot S. DE REY.
85. Luik (13e k.) 22 oktober 2013, *TBBR* 2014, (188) 190 (weliswaar over art. 1144 BW).
86. Bergen 10 juni 2002, *TBBR* 2004, 567, noot F. VERMANDER. Zie ook Bergen 17 november 1992, *JLMB* 1994, 203.
87. Kh. Bergen 26 april 2004, *TBBR* 2006, 241.
88. Rb. (KG) Luik 6 juni 1995, *DIT* 1996, afl. 1, (48) 49, noot P. WÉRY en *JLMB* 1995, 1034.
89. Vred. Jumet 11 september 1995, *RRD* 1995, 458.
90. Meestal zelfs als synoniemen gebruikt, zie bv. Brussel 20 januari 1987, *JLMB* 1987, 865; Luik 17 maart 2005, *RRD* 2005, 137; Rb. Antwerpen (afd. Antwerpen, AB12 k.) 15 november 2016, *TBO* 2017, 94; Arbrb. Luik (afd. Namen) 14 april 2005, *TBBR* 2007, 88; Kh. Luik 10 maart 1993, *TBH* 1994, 462.
91. Cass. 30 januari 1965, gecit. in vn. 24, bevestigd door Cass. 27 april 2006, C.04.0591.N, *Arr.Cass.* 2006, 993, *Pas.* 2006, 976, *RW* 2009-2010, 236 en *TBBR* 2008, 507, noot J. DEWEZ.
92. Bv. alleen al sinds 2010: 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, www.juridat.be; Cass. 3 april 2017, S.16.0039.N, overw. 2, *JTT* 2017, 293, *RW* 2017-2018, 1414, noot P. DION en Y. STEVENS en *JLMB* 2018, 1892, noot P. WÉRY; Cass. 26 oktober 2017, C.16.0393.N, overw. 2, www.juridat.be; Cass. 5 september 2018, P.17.1175.F, www.juridat.be.
93. GwH 31 januari 2019, nr. 14/2019, overw. B.5.

eleerdheidBibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

vormen van rechtsherstel (*supra* nr. 2) dan van schadeherstel.[94] Toch is het binnen het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht onbetwist dat herstel in natura ook als een vorm van schadeherstel kan worden toegepast. Illustratief is het cassatiearrest van 5 mei 2011.[95] De stad Namen had in 1950 een stenen beeldhouwwerk besteld om voor het casino te plaatsen, maar had het in 1980 weggenomen wegens verbouwingswerken zonder het ooit terug te plaatsen. Jaren later vond de kunstenaar zijn beeldhouwwerk terug in de tuin van de vader van de aannemer die destijds de werken had uitgevoerd, weliswaar in een onherstelbaar beschadigde toestand. Op basis van artikel 1382 BW was de stad aansprakelijk wegens miskenning van het moreel recht van de kunstenaar. Deze was echter niet uit op schadevergoeding. Hij verkreeg de veroordeling van de stad tot betaling van 1 EUR symbolische schadevergoeding en tot vervaardiging van een nieuw beeldhouwwerk op basis van het initiële (nu weliswaar in brons) dat op een andere, equivalente openbare plaats moest worden geplaatst.

20. Spanning met gelijkheidsbeginsel – Anders dan bij contractuele schade, blijkt herstel in natura van buitencontractuele schade dus allerminst controversieel. Deze discrepantie is frappant. Zij conflicteert met de recente tendens die daar waar mogelijk zoekt naar een geleidelijke convergentie van beide aansprakelijkheidsregimes. In mijn proefschrift heb ik daarom recentelijk getracht om herstel in natura van contractuele schade vanuit een buitencontractuele invalshoek in een nieuw daglicht te stellen.[96] Daarbij kom ik tot de conclusie dat wat de mogelijkheid tot herstel in natura betreft, tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid geen onderscheid mag bestaan.

Hoewel dit onderscheid tot de kern van ons burgerlijk recht behoort, bestaan er voor herstel in natura immers toepassingsgevallen waarin beide aansprakelijkheidsvormen 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 kan worden verantwoord. Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt dan ook dat een criterium dat in het verleden, zelfs gedurende lange tijd, pertinent was om een verschil in behandeling te verantwoorden, die pertinentie kan verliezen.[97] Meer in het bijzonder heeft het Grondwettelijk Hof al geoordeeld dat, hoewel de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid van elkaar verschillen en daarop sinds lang verschillende rechtsregels toepasselijk (mogen) zijn, in bepaalde omstandigheden geen redelijke verantwoording bestaat voor het verschil in behandeling dat uit deze verschillende regeling voortvloeit. Dat was met name het geval voor de verschillende verjaringstermijnen toepasselijk op een vordering tot contractuele en buitencontractuele beroepsaansprakelijkheid van notarissen.[98]

Met enige voorzichtigheid kan dit argument worden doorgetrokken naar de verschillende vormen van schadeloosstelling.[99] Het kan wellicht niet voor alle aansprakelijkheidsgevallen worden gemaakt, maar voortbouwend op het voorbeeld over de notariële beroepsaansprakelijkheid, is het hoogst onzeker of er een pertinente grond bestaat die op proportionele wijze het verschil in behandeling kan rechtvaardigen tussen slachtoffers die wegens een fout van de notaris herstel in natura willen verkrijgen naargelang die fout begaan is bij het verlijden van een authentieke akte (doorgaans gekwalificeerd als buitencontractuele aansprakelijkheid[100]) of onderhandse akte (doorgaans gekwalificeerd als contractuele aansprakelijkheid[101]). Zoals voor de verschillen in de verjaringstermijnen, lijkt het niet redelijk verantwoord dat deze slachtoffers naargelang de aard van de aansprakelijkheid wel of geen herstel in natura kunnen verkrijgen, terwijl zij in beide gevallen een notaris kiezen aan wie zij een opdracht toevertrouwen en terwijl de notaris in beide gevallen blijk moet geven van dezelfde professionele kwaliteiten en de schade moet vergoeden die zijn fout veroorzaakt. Dezelfde argumentatie werd geconcretiseerd voor het verschil in behandeling dat zou ontstaan voor een werknemer die schade lijdt in de sociale zekerheid al naargelang de contractuele of buitencontractuele fout van zijn werkgever.[102] Derhalve mag de mogelijkheid tot herstel in natura niet afhankelijk zijn van de (buiten)contractuele kwalificatie van de schade.

94. Zie hierover kritisch: S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 20, nrs. 25 e.v. en 55 e.v.; P. WÉRY, "La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle" (noot onder Cass. 5 mei 2011), *TBBR* 2012, (249) 255 vn. 4; P. WÉRY, *o.c.* vn. 61, 2015, (59) 75, nr. 15; P. WÉRY, "L'action paulienne: sa nature juridique et ses rapports avec la réparation en nature en matière extracontractuelle" (noot onder Cass. 26 april 2012), *RJCB* 2015, (66) 96-97, vn. 169; P. WÉRY, *Droit des obligations*, II, Brussel, Larcier, 2016, 100-101, nr. 96, vn. 54; P. WÉRY, "La réparation en nature en matière extracontractuelle: quelques nouvelles avancées jurisprudentielles" (noot onder Cass. 3 april 2017), *JLMB* 2018, (1893) 1896, nrs. 5 e.v.
95. Gecit. in vn. 92.
96. S. DE REY, *Herstel in natura. Rechtsvergelijkende studie in het contractenrecht met buitencontractuele invalshoek* in *Recht & Onderneming*, nr. 51, Brugge, die Keure, 2019, xxxvi + 927 p. Zie voor een samenvatting: "Herstel in natura van contractuele en buitencontractuele schade: onbekend, onbemind?", *RW* 2019-2020, 163-180; "La réparation en nature du dommage contractuel et extracontractuel – revalorisation d'un remède sous-estimé!", *TBBR* 2019, 519-536.
97. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de rechtspraak over het onderscheid tussen arbeiders en bedienden, zie: GwH 8 juli 1993, nr. 5/93, overw. B.6.3.1; GwH 7 juli 2011, nr. 125/2011, overw. B.3.2 en B.4.3. Zie J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, I, Brugge, die Keure, 2019, 164, nr. 37.
98. GwH 13 december 2012, nr. 150/2012; GwH 6 november 2014, nr. 164/2014. Ook al: GwH 21 maart 1995, nr. 25/95.
99. Daarover S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 126-128, nr. 162.
100. Nochtans is niet uitgesloten dat tussen de notaris en de partijen die hem raadplegen een overeenkomst ontstaat met oog op de redactie van een authentieke akte, zie bv. Cass. 29 juni 2017, C.12.0590.F, *NJW* 2017, 796, noot F. BRULOOT en *T.Not.* 2018, 85.
101. Zie daarover bv.: I. SAMOY en K. RONSIJN, "Professionele aansprakelijkheid van de notaris en de notarisvennootschap" in J. FALCONIS en I. SAMOY (eds.), *Professionele aansprakelijkheid,* Antwerpen, Intersentia, 2015, (47) 48-49, nrs. 4-6; J. GOEMAERE, "La prescription de l'action en responsabilité notariale", *Rev.not.b.* 2017, 437.
102. S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 491-494, nrs. 582-583.

KU Leuven Faculteit Rechtgeleerdheid Bibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

8. Wetsvoorstel voor een nieuw Burgerlijk Wetboek

21. Erkenning: herstel van contractuele schade hetzij in natura, hetzij in geld – In mijn proefschrift concludeer ik dat hoewel een wetswijziging niet noodzakelijk is om herstel in natura van contractuele schade vandaag al toe te kennen, ik het wettelijke kader graag zou uitbreiden met een ruimere opvatting van schadeloosstelling dan enkel schadevergoeding.[103] De potentieel toekomstige hervorming van ons verbintenissenrecht biedt in dit verband hoopvol perspectief.

Bij wet van 13 april 2019 werd een nieuw Burgerlijk Wetboek ingevoerd en werd boek 8 'Bewijs' in dat wetboek ingevoegd.[104] Op 3 april 2019 en 16 juli 2019 werd een wetsvoorstel ingediend tot invoeging van boek 5 'Verbintenissen' (hierna: het 'wetsvoorstel').[105] Over de vergoeding van schade wegens toerekenbare niet-nakoming van contractuele verbintenissen, bepaalt artikel 5.89 van dit wetsvoorstel als volgt:
"De schuldeiser kan het integrale herstel van zijn schade eisen, in natura of in geld, overeenkomstig de artikelen 5.311 tot 5.312."

De artikelen 5.311 tot 5.312 regelen het algemeen regime van de verbintenis, toepasselijk op de niet-nakoming van elke verbintenis, ongeacht of zij haar oorsprong vindt in een contract of een andere rechtshandeling, de buitencontractuele aansprakelijkheid, een oneigenlijk contract of de wet. In dit algemeen regime krijgt herstel in natura een duidelijke wettelijke grondslag. Artikel 5.311, eerste lid wetsvoorstel schrijft voor:
"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."

Hiermee krijgt herstel in natura terecht wettelijke erkenning als een gemeenrechtelijke vorm van schadeloosstelling voor (buiten)contractuele aansprakelijkheid.

22. Analoge erkenning voor buitencontractuele schade – De hervorming van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht maakt voorwerp uit van een afzonderlijk voorontwerp, dat tot dusver niet door de Ministerraad werd goedgekeurd of in het parlement werd ingediend.[106] Met dit voorontwerp zou herstel in natura, naast de artikelen 5.89 en 5.311, in een derde gemeenrechtelijke bepaling wettelijke erkenning krijgen. Artikel 5.180, § 2 van dit voorontwerp bepaalt immers dat het herstel van buitencontractuele schade plaatsvindt in natura of door schadevergoeding. In afwachting van de goedkeuring van dit voorontwerp (invoeging voorzien in art. 5.141 e.v.), verklaart het wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 de artikelen 1382-1386*bis* BW overeenkomstig van toepassing, tenzij hun aard en strekking hiermee onverenigbaar zijn (art. 5.311, tweede lid). Aan de jurisprudentiële erkenning van herstel in natura op basis van artikelen 1382-1383 BW (*supra* nr. 19), doet dit wetsvoorstel dus geen afbreuk.

23. Criterium voor onderscheid met uitvoering in natura – Het contrast tussen het aantal bepalingen waarin de ontwerpteksten herstel in natura erkennen en de uitwerking van het juridisch regime ervan, kan niet groter zijn. Wat dat laatste betreft, blijven de ontwerpteksten karig. Zo zullen er zeker kwalificatievragen rijzen over het onderscheid tussen uitvoering in natura en herstel in natura: een verkoper die herstellingen uitvoert aan de geleverde koopwaar, verschaft die uitvoering in natura of herstel in natura? Een aannemer die herstellingen uitvoert wegens bouwfysische gebreken, herstelt hij de schade in natura of voert hij het contract in natura uit? De toelichting bij het voorontwerp tot hervorming van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht blijft vaag wanneer het slechts vermeldt dat herstel in natura vergelijkbaar is met uitvoering in natura, maar niet identiek.[107] De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoeging van boek 5 benadrukt alleen dat uitvoering in natura de schuldeiser verschaft wat overeengekomen is en herstel in natura het herstel van de schade tot voorwerp heeft door een niet-geldelijk equivalent in de plaats te verschaffen.[108] Conceptueel mag dit onderscheid duidelijk zijn. In de praktijk blijkt het soms flinterdun.

In dit verband bepleit ik de toepassing van een materieel criterium en voldoeningscriterium.[109] In het algemeen gaat het dan om herstel in natura wanneer wat de schuldeiser finaal krijgt, verschilt van het beoogde contractuele voordeel (voldoeningscriterium), of wanneer de prestatie om dit beoogde contractuele voordeel te verschaffen, verschilt van het voorwerp van de contractuele (primaire) verbintenis (materieel criterium). Zo kan de herstellingsverbintenis van de aannemer kwalificeren als uitvoering in natura *of* herstel in natura. Die kwalificatie is afhankelijk van de herstellingswerken (lees: welke prestaties) die nodig zijn om de gebreken te verhelpen en welke concrete herstellingswerken (lees: welke prestaties) in de aannemingsovereenkomst bedongen zijn. Indien de gebreken andere herstellingswerken vereisen dan die waarvoor de aannemingsovereenkomst is aangegaan, dan gaat het om herstel in natura. Een controle op die kwalificatie is de vraag of de *in concreto* geëiste

103. S. DE REY, *o.c.* vn. 2, nr. 194.
104. *BS* 14 mei 2019, p. 46.353.
105. *Parl.St.* Kamer 2018-2019, nr. 54-3709/001, opnieuw ingediend op 16 juli 2019 wegens verval van het vorige, zie *Parl.St.* Kamer, buitengewone zitting, 2019, nr. 55-174/001.
106. Het voorontwerp is beschikbaar op https://justitie.belgium.be/nl/bwcc (versie van 6 augustus 2018, d.i. na publieke consultatie).
107. MvT, p. 176 (versie 22 augustus 2018).
108. *Parl.St.* Kamer, buitengewone zitting, 2019, nr. 55-174/001, p. 89. Zie ook S. STIJNS, P. WÉRY e.a., *De hervorming van het verbintenissenrecht* in *De hervorming van het Burgerlijk Wetboek – La réforme du Code civil*, Brugge, die Keure, 2019, 149.
109. S. DE REY, *o.c.* vn. 2, nrs. 39 e.v. Zie ook J.-Fr. GERMAIN, *o.c.* vn. 57, (107) 124-126.

Rechtsgeleerdheid Bibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

herstellingen al vóór de gebreken afdwingbaar waren. Als dat het geval is, betreft het uitvoering in natura. Blijkt dat niet het geval, dan betreft het herstel in natura.

24. Toekenningsvoorwaarden: fout, schade en oorzakelijk verband – Het onderscheid tussen uitvoering in natura en herstel in natura is niet zuiver conceptueel, maar heeft praktische repercussies. Die komen niet zo goed tot uitdrukking in het voorliggende wetsvoorstel, maar ze liggen er wel in vervat. Naast een belangrijk onderscheid op het vlak van de hiërarchische verhouding tot andere sancties wegens wanprestatie (*infra* nr. 27), bestaat een belangrijk onderscheid in de toekenningsvoorwaarden.

Anders dan uitvoering in natura, volgt herstel in natura immers niet uit de verbindende kracht van overeenkomsten (art. 1134 BW), maar uit de contractuele aansprakelijkheid (*supra* nr. 15). Krachtens de regels van de contractuele aansprakelijkheid – die aan artikel 1382 BW analoog zijn – moet de schuldeiser die beweert dat de schuldenaar gehouden is om de schade te vergoeden, het bestaan van deze verbintenis tot schadeloosstelling bewijzen (art. 1315, eerste lid BW en art. 8.4, eerste lid nieuw BW). Zoals voor de buitencontractuele aansprakelijkheid, ontstaat deze verbintenis wegens contractuele aansprakelijkheid slechts wanneer een fout (of een ander aansprakelijkheidsverwekkend feit), schade en een oorzakelijk verband tussen deze fout en de schade wordt bewezen. Hieruit volgt dat de schuldeiser die schadeloosstelling wegens wanprestatie vordert, een toerekenbare niet-nakoming, schade en oorzakelijk verband moet bewijzen.[110] Uiteraard geldt dit niet alleen wanneer deze schadeloosstelling de vorm aanneemt van schadevergoeding, maar ook wanneer dit via herstel in natura gebeurt.[111] De schuldeiser die herstel in natura vordert, bevindt zich dus in een minder comfortabelere procespositie dan wanneer hij uitvoering in natura nastreeft. De schuldeiser die beweert dat de schuldenaar gehouden is om een contractuele verbintenis na te komen, moet het bestaan van deze verbintenis immers bewijzen. 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 vordert (art. 1315, eerste lid BW en art. 8.4, eerste lid nieuw BW).[112] De schuldeiser moet dan geen toerekenbare niet-nakoming, schade of oorzakelijk verband bewijzen.[113] Het is het contract *zelf* dat, van bij het begin, aanspraak verleent op uitvoering in natura. Het recht daarop is niet afhankelijk 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. 1315, tweede lid BW en art. 8.4, tweede lid nieuw BW).

25. Toepassingsvoorwaarden: kwantitatieve equivalentie met schade – Het voorwerp van de concrete herstelmaatregel waarmee de schade in natura kan worden hersteld, is 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 zekere equivalentie bestaan, zowel op kwantitatief (omvang) als op kwalitatief (inhoud) vlak.[114]

De *kwantitatieve* equivalentie vereist dat de *omvang* van het toegekende herstel in natura op de feitelijke schade is afgestemd. De verplichting tot schadeloosstelling wegens wanprestatie verleent immers aanspraak op vergoeding van de geleden schade, niets minder maar ook niets meer. Anders gezegd, deze schadeloosstelling strekt ertoe de schuldeiser zo goed als mogelijk te verplaatsen naar de hypothetische toestand waarin hij zich zou hebben bevonden indien de wanprestatie niet zou hebben plaatsgevonden, ofwel positief geformuleerd, de hypothetische toestand indien de overeenkomst was nagekomen. Deze hypothetische doeltoestand, die ons Hof van Cassatie onderschrijft[115], wordt omschreven als het 'positief belang' (*l'intérêt positif* of *performance interest*).[116]

110. Heel duidelijk, bv. recentelijk: Cass. 28 juni 2018, C.17.0696.N, *RGAR* 2019, nr. 15.353, noot en *RW* 2018-2019, 1260, noot. Zie treffend o.m. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis,* Antwerpen, Intersentia, 2000, 550-551; J.-Fr. GERMAIN, *o.c.* vn. 57, (107) 110-111; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, *o.c.* vn. 43, *JT* 1996, 723, nrs. 102 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.* vn. 57, 1166, nr. 799; P. WÉRY, *o.c.* vn. 55, I, 510, nrs. 533 en 536 en p. 568, nr. 597. Uitvoerig: K. BRIESKORN, *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle,* Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.
111. S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 145-146, nrs. 186 e.v.
112. 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.
113. O.m. J. KIRKPATRICK, "L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs (Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle)" (noot onder Cass. 27 februari 1958), *RCJB* 1959, (46) 56; 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, *o.c.* vn. 43, *JT* 1996, 720, nr. 92; P. WÉRY, *o.c.* vn. 55, I, 569; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht* in *APR,* Mechelen, Kluwer, 2013, nr. 164; J.-Fr. GERMAIN, *o.c.* vn. 57, (107) 111; B. VANLERBERGHE, "Bewijslast" in Th. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, 1045, nr. 1416. Zie S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 148-149, nr. 189.
114. M.È. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation,* Parijs, LGDJ, 1974, 269 e.v. Herneming ervan bij o.m. P. WÉRY, *o.c.* vn. 55, I, 568, nr. 596; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.* vn. 57, nr. 545, 8°; S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 331, nrs. 420 e.v.
115. Zie o.m. Cass. 26 januari 2007, C.06.0232.N, *Arr.Cass.* 2007, 228, *Pas.* 2007, 193 en *RW* 2009-2010, 1468, noot; Cass. 26 januari 2007, C.05.0374.N, *Arr. Cass.* 2007, 216, *Pas.* 2007, 183, *TBBR* 2009, 45 en *TBO* 2008, 8; Cass. 13 oktober 2011, C.10.0642.N, *Arr.Cass.* 2011, 2096, *Pas.* 2011, 2237 en *Rev. prat.soc.* 2011, 444, concl. en noot D. LECLERCQ; Cass. 1 maart 2012, C.10.0425.N, *Arr.Cass.* 2012, 489, *Pas.* 2012, 463, *For.ass.* 2013, 14, noot P. KNAEPEN, *JT* 2012, 462, noot J. VAN DROGHENBROECK, *RABG* 2012, 748, noot J. VAN DONINCK en *RW* 2013-2014, 19, noot; Cass. 5 december 2014, *RABG* 2015, 411, concl.; Cass. 24 april 2014, C.13.0328.N, *Arr. Cass.* 2014, 1009, *RGAR* 2015, nr. 15.141 en *TBO* 2014, 320.
116. Bv. B. VERKEMPINCK, *o.c.* vn. 56, nrs. 307-313.

KeleerdheidBibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

De bepalingen uit ons Burgerlijk Wetboek stellen schade wegens wanprestatie echter slechts vergoedbaar voor zover (i) die schade was of kon worden voorzien op het ogenblik van de contractsluiting (art. 1150 BW) en (ii) *"een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van het niet uitvoeren van de overeenkomst"* (art. 1151 BW). Nochtans stemt de materiële draagwijdte van deze bepalingen al lang niet meer overeen met de wettekst. Allereerst is de in artikel 1150 BW vervatte voorzienbaarheidslimiet uitgehold. Sinds lang oordeelt het Hof van Cassatie dat die voorzienbaarheid alleen het bestaan (d.i. 'het type') van de schade(post), maar niet de omvang ervan betreft.[117] Ten aanzien van de formulering van artikel 1150 BW is dit een aanzienlijke inperking. Feitenrechters blijken de voorzienbaarheidsgrens dan ook zelden of nooit toe te passen om de gevorderde schadevergoeding af te wijzen of de omvang ervan te beperken.[118] Daarnaast is de directheidslimiet uit artikel 1151 BW geneutraliseerd. Ons Hof van Cassatie oordeelt immers dat om onder artikel 1151 BW vergoedbaar te zijn, het volstaat dat de schade het noodzakelijke gevolg is van de wanprestatie.[119] Hierdoor is *"schadevergoeding wegens niet-nakoming (…) ook verschuldigd (…) voor 'indirecte schade' die veroorzaakt is door het niet uitvoeren van de overeenkomst"*.[120] Artikel 1151 BW vereist dus niets meer dan de contractuele toepassing van de equivalentieleer.[121]

In zijn proefschrift toont B. Verkempinck dan ook overtuigend aan dat ondanks de artikelen 1150-1151 BW, ook in het contractrecht het integraliteitsbeginsel als uitgangspunt geldt.[122] Vanzelfsprekend geldt dit ook voor herstel in natura.[123] Het wetsvoorstel herneemt dit (art. 5.89).[124] Misschien wat verrassend wordt de voorzienbaarheidsgrens uit artikel 1150 BW, anders dan de directheidslimiet uit artikel 1151 BW, in het wetsvoorstel gekopieerd (art. 5.90). Nochtans heeft de hervorming niet de bedoeling om de geldende interpretatie van artikel 1150 BW te wijzigen. De toelichting geeft dan ook toe dat dit *"het herstel van de contractuele schade en het herstel bij buitencontractuele aansprakelijkheid in sterke mate tot elkaar (brengt)"*.[125]

26. Toepassingsvoorwaarden: kwalitatieve equivalentie met schade – Geld wordt geacht in de plaats te kunnen treden van eender welke schade, 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 opgelopen schade, zodat het deze schade niet alleen financieel, maar ook feitelijk herstelt.[126] Het voorontwerp tot hervorming van ons buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht verwoordt dit als volgt: *"Het herstel in natura strekt ertoe om de schadelijke gevolgen van een tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenis in werkelijkheid ongedaan te maken"* (art. 5.182, § 1, eerste lid).

De schuldeiser kan herstel in natura dus niet aangrijpen om de schuldenaar een andere 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 wanpresterende verkoper bij wijze van herstel in natura bij hem thuis het gras komt maaien. Dat is ook een prestatie in natura, maar die remedieert enkel de vermogensschade (uitsparing kosten tuinman), doch niet de feitelijke schade (gebrekkige koopwaar). 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 (*supra* nr. 25). De Wet Pakketreizen illustreert dit treffend. Wanneer de reisdienst niet non-conform is, moet de alternatief uitgewerkte reisdienst van minstens gelijkwaardige of hogere kwaliteit zijn als de beloofde reisdiensten (*supra* nr. 4). De beoordeling daarvan gebeurt in het licht van het vakantiedoel van de reiziger of wanneer dit niet duidelijk is, door wat een normaal reiziger in dezelfde omstandigheden als gelijkwaardig beschouwt, zoals bij alternatieve accommodatie de ligging ervan, het aantal sterren, aangeboden comfort, catering e.d.m.[127]

27. Hiërarchie tussen herstel in natura en schadevergoeding – Een andere belangrijke vraag waarover het wetsvoorstel geen duidelijk standpunt inneemt, is de

117. Cass. 23 februari 1928, *Pas.* 1928, 85. Daarna o.m. bevestigd door Cass. 11 april 1986, *Arr.Cass.* 1985-1986, 1091, *JT* 1987, 163, *Pas.* 1986, 986, *RCJB* 1990, 79, noot L. CORNELIS, *RW* 1986-1987, 1963; Cass. 23 oktober 1987, *Arr.Cass.* 1987-1988, 228, *RW* 1987-1988, 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* 2010-2011, 1474 en 1694 en *TBH* 2010, 498.
118. Zie al met deze vaststelling: H. DE PAGE, *o.c.* vn. 23, III, 143.
119. Cass. 24 juni 1977, *Arr.Cass.* 1977, 1101, *RW* 1977-1978, 775, *Pas.* 1977, 1087; Cass. 9 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-1986, 1223, *Bull.* 1986, 1100, *Pas.* 1986, 1100, *JT* 1987, 162, *RW* 1986-1987, 2699 en *TBH* 1987, 413; 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* 2004-2005, 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.
120. Cass. 14 oktober 1985, *RCJB* 1988, 341, noot M. VAN QUICKENBORNE, *Arr. Cass.* 1985-1986, 179, *JT* 1986, 600, *Pas.* 1986, 155, *RGAR* 1987, 11.217 en *Turnh.Rechtsl.* 1987, 150.
121. Treffend bv. Cass. 19 maart 2015, C.14.0445.F, *Arr.Cass.* 2015, 796, *Pas.* 2015, 784 en *RGAR* 2016, nr. 15.252.
122. B. VERKEMPINCK, *o.c.* vn. 56, 43 e.v.
123. Uitvoerig met praktische implicaties, zie S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 362, nrs. 452 e.v.
124. Het positief belang is niet voorgeschreven in de wettekst, maar komt als uitgangspunt wel tot uitdrukking in de MvT, zie *Parl.St.* Kamer, buitengewone zitting, 2019, nr. 55-174/001, p. 100-101.
125. *Parl.St.* Kamer, buitengewone zitting, 2019, nr. 55-174/001, p. 90.
126. Bv. J.-Fr. GERMAIN, *o.c.* vn. 57, (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, *o.c.* vn. 2, nrs. 474 e.v.
127. Uitvoeriger met voorbeelden, zie S. DE REY, *o.c.* vn. 17, 233, nrs. 45 e.v.

Rechtsgeleerdheid Bibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

hiërarchische verhouding tussen herstel in natura en schadevergoeding. Artikelen 5.89 en 5.311 wetsvoorstel beperken zich ertoe te erkennen dat schade kan worden vergoed *"hetzij in natura, hetzij in geld"*, zonder te preciseren of een van deze schadeloosstellingsvormen voorrang heeft op de andere.

In de huidige stand van ons buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht is deze verhouding nochtans duidelijk. Het principe is dat herstel in natura op schadevergoeding primeert.[128] In een arrest van 3 april 2017 bevestigt ons Hof van Cassatie 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"*.[129] De aanhangers van herstel in natura hebben dezelfde oplossing binnen het contractueel aansprakelijkheidsrecht verdedigd.[130] Het wetsvoorstel sluit zich hierbij aan: *"Zoals elke burgerlijke verbintenis moet de verbintenis tot schadeherstel in de eerste plaats in natura worden uitgevoerd. Dit beginsel wijkt evenwel wanneer er sprake is van een onmogelijkheid of een misbruik van recht"*.[131] 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 natura toekennen wanneer de schuldeiser dit vordert of de schuldenaar dit aanbiedt, behalve wanneer herstel in natura onmogelijk is of rechtsmisbruik uitmaakt.[132]

Het buitenlandse recht toont aan dat de hiërarchische verhouding tussen schadevergoeding en herstel in natura op drie manieren kan worden ingebed: ofwel primeert herstel in natura (bv. Duitsland: § 249, Abs. 1 BGB), ofwel primeert schadevergoeding (bv. Nederland: art. 6:103 NBW), ofwel kiest de rechter tussen beide schadeloosstellingsvormen (bv. Zwitserland: art. 43, lid 1 CO). Toch blijkt de toepassing van deze buitenlandse wetgeving uitdrukking te geven aan een gemeenschappelijk principe. Of dat nu op grond van een wettelijke bepaling is (bv. § 249, Abs. 2 BGB) of niet (bv. art. 43, lid 1 CO), bij de vaststelling van de schadeloosstellingsvorm blijkt de rechter zich binnen deze rechtsstelsels telkens te laten leiden door of minstens te vertrekken van wat de schuldeiser verkiest of wat zijn belang het meeste dient.[133] Doorgaans heeft de schuldeiser dus de keuze tussen schadevergoeding en herstel in natura, soms omdat de wet dit in het algemeen (art. 6:103 NBW) of voor de belangrijkste schadeposten (bv. § 249, Abs. 2 BGB: zaak- en letselschade) voorschrijft, dan wel omdat de rechter dit (onrechtstreeks) in zijn oordeel betrekt als een belangrijk afwegingscriterium (bv. via art. 43, lid 1 CO). Het Franse *Avant-projet de réforme de la responsabilité civile* van 13 maart 2017 is op dit punt heel duidelijk: *"La réparation en nature ne peut être imposée à la victime"* (art. 1261, eerste lid).[134] Gesteund op deze rechtsvergelijkende conclusie, heb ik verdedigd dat naar Belgisch gemeen recht geen sluitende reden bestaat om de ene schadeloosstellingvorm voor te nemen 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 schadeloosstellingsvorm volmaakter is dan de andere. Bijgevolg moet de schuldeiser de keuze hebben tussen schadevergoeding en herstel in natura, zonder dat hij zich in de uitoefening van dit keuzerecht schuldig mag maken aan rechtsmisbruik.[135] Deze armslag, die zonder twijfel een belangenafweging toelaat, biedt de schuldenaar voldoende bescherming.

Het voorontwerp tot hervorming van ons buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht gaat in dezelfde richting. Het gaat niet zo ver dat het de schuldeiser een keuzerecht tussen schadevergoeding en herstel in natura verleent, maar het versoepelt wel de omstandigheden waarin de schuldeiser het aanbod van de schuldenaar tot herstel in natura kan weigeren. Anders dan naar vigerend recht, dat hiervoor vereist dat de schuldeiser aantoont dat de schuldenaar zijn recht om de schade in natura te herstellen abusief uitoefent, bepaalt artikel 5.182, § 2 hierover als volgt: *"De aansprakelijke kan aanbieden om de schade in natura te herstellen. De benadeelde kan dit evenwel weigeren indien hij hiervoor gegronde redenen heeft"*. De memorie van toelichting verduidelijkt dat dit criterium veel soepeler is dan rechtsmisbruik en afwijkt van

128. 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, 49, nr. 58; G. JOCQUÉ, "Herstel in natura bij onrechtmatige handeling van overheid" (noot onder Cass. 4 september 2014), *NJW* 2015, 246; Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 469, nr. 277; 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, *o.c.* vn. 57, 1652, nr. 1120; P. WÉRY, *o.c.* vn. 94, II, 91, nrs. 86-88.
129. Gecit. in vn. 92. In zijn jaarverslag 2017 bevestigt het Hof van Cassatie deze interpretatie (zie p. 37).
130. O.a. J.-Fr. GERMAIN, *o.c.* vn. 57, (107) 115; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, *o.c.* vn. 43, *JT* 1996, 729, nr. 115; P. WÉRY, *o.c.* vn. 55, I, 570, nr. 598. Uitvoerig hierover: S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 206-213, nrs. 247-260.
131. MvT, *Parl.St.* Kamer, buitengewone zitting, 2019, nr. 55-174/001, p. 89.
132. Uitvoerig met praktische implicaties (en de moeilijke invulling van het beschikkingsbeginsel), zie S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 215-229, nrs. 266-278.
133. Voor dit rechtsvergelijkend overzicht: S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 185-205, nrs. 223-245.
134. Beschikbaar op: www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.
135. Zie voor de uitvoerige argumentatie: S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 233-236, nrs. 285-287. Recentelijk bevestigend in dezelfde zin: P. COLSON, "Réparation en nature et préjudice corporel: faux ennemis?" in *Le dommage corporel et sa réparation,* Limal, Anthemis, 2019, 125-126, nr. 60 (weliswaar voor lichamelijke schade). Het schuldeisersbelang weegt in de huidige stand van het recht overigens ook al door wanneer de rechter de afweging maakt tussen de toekenning van kapitaal of rente (zie J. RONSE, bewerkt door L. DE WILDE, A. CLAEYS en I. MALLEMS, *Schade en schadeloosstelling,* deel 1 in *APR,* Gent, Story-Scientia, 1988, 225, nr. 313; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile,* II in *Les Novelles. Droit civil,* V/2, Brussel, Larcier, 1962-1967, 752-753, nr. 4180).

Download date: 12-03-2020 KeuleerdheidBibliotheek Maatwerkcontract

de cassatierechtspraak.[136] Welke redenen voldoende gegrond zijn, werd aanvankelijk niet geëxpliciteerd. Wellicht is het verlies aan vertrouwen in de schuldenaar een van de belangrijkste van deze redenen.[137] De toelichting in de versie na de publieke consultatie bevestigt deze interpretatie.[138] Anders dan voor contractuele schade (art. 5.89), zou herstel in natura voor buitencontractuele schade dus niet primeren (art. 5.182, § 2). In de huidige versie van de ontwerpteksten levert dit een tegenstrijdigheid op, aangezien artikel 5.89 *jo.* artikel 5.311 voor de vergoeding van contractuele schade precies naar de regels over buitencontractuele aansprakelijkheid verwijst (art. 5.141 e.v., thans nog art. 1382 e.v. BW), terwijl het wenselijk is dat hier een uniform regime bestaat, vermits een onderscheiden regeling op dit punt moeilijk kan worden verantwoord (*supra* nr. 20).

9. Inpassing van het arrest van 3 oktober 2019: een blik op de toekomst

28. Erkenning: contractuele schade vergoed door hetzij herstel in natura, hetzij schadevergoeding – Hoewel de tekst van ons geldend Burgerlijk Wetboek louter in termen van schadevergoeding redeneert, erkent ons Hof van Cassatie in het geannoteerde arrest voor het eerst en in ondubbelzinnige bewoordingen dat schade wegens wanprestatie niet alleen met schadevergoeding, maar ook in natura kan worden vergoed. Daarmee sluit het Hof van Cassatie zich aan bij de moderne doctrine die tot voor dit arrest geen weerklank in de cassatierechtspraak kreeg. Dit arrest leidt tot de volgende vier vaststellingen.

29. Eerste vaststelling: gemeenrechtelijk toepassingsgebied met talrijke toepassingen – Vooreerst heeft deze uitspraak een algemene draagwijdte. Hoewel dit een zaak betreft over het specifiek contentieux van de energiesector, is het arrest gewezen op basis van ons gemeen contractenrecht. Na de vergoedingsplicht wegens wanprestatie uit artikelen 1149-1151 BW in herinnering te brengen, overweegt het Hof van Cassatie dat deze schade *"wordt vergoed door hetzij het herstel in natura, hetzij vervangende schadevergoeding"* (overw. 5). Daarmee gaan onze cassatierechters verder dan hun collega's in Parijs. Tot dusver heeft het Franse Hof van Cassatie de mogelijkheid tot herstel in natura van contractuele schade immers nooit expliciet, maar telkens slechts impliciet erkend (*supra* nr. 16).

Deze gemeenrechtelijke erkenning opent vele deuren. In de praktijk zal blijken dat dit talloze toepassingen van herstel in natura door hetzij de schuldenaar, hetzij de schuldeiser of een derde (op kosten van de schuldenaar) of zelfs de rechter mogelijk maakt.[139] Dit arrest verleent de praktijk een duidelijke en stevige juridische grondslag, om de vergoeding van contractuele schade creatiever en minder rigide in te vullen, in het licht van de aard van de schade en/of de behoeften van (een van de) partijen.

30. Tweede vaststelling: anticipatieve toepassing van potentieel toekomstig recht – De gemeenrechtelijke erkenning van herstel in natura sluit naadloos aan bij de tekst en de filosofie van het wetsvoorstel. Zoals in andere recente arresten over andere leerstukken van ons verbintenissenrecht[140], lijkt ons Hof van Cassatie hier een anticipatieve toepassing te maken van het potentieel aankomend verbintenissenrecht. Hiermee gaat het Hof van Cassatie mee in de recente tendens om, daar waar mogelijk, de regimes van het contractueel en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht met meer convergentie op elkaar af te stemmen (*supra* nr. 20). In het geannoteerde arrest uit zich dit niet alleen in een gelijkstelling van de schadeloosstellingsvormen die binnen beide aansprakelijkheidsregimes mogelijk zijn (schadevergoeding en herstel in natura), maar ook in de manier waarop de vergoedingsplicht wegens wanprestatie wordt geconcipieerd. Anders dan in voorgaande arresten[141], formuleert het Hof van Cassatie deze vergoedingsplicht hier niet als een vorm van uitvoering bij equivalent, maar als een gevolg van de contractuele aansprakelijkheid. Daar waar artikel 1149 BW immers bepaalt dat *"De aan de schuldeiser verschuldigde schadevergoeding bestaat, in het algemeen, in het verlies dat hij heeft geleden en in de winst die hij heeft moeten derven (…)"*, parafraseert het Hof van Cassatie veel algemener dat *"Krachtens artikel 1149 Burgerlijk Wetboek, (…) ingeval van schuldige niet-nakoming van een contractuele verbintenis, de schuldenaar verplicht (is) de schade die de schuldeiser hierdoor lijdt te vergoeden (…)"*. Waar andere recente arresten dit wel nog doen[142], beperkt het geannoteerde arrest zich dus niet tot een citaat van het ongelukkig geformuleerde artikel 1149 BW. Het aanvaardt duidelijk het bestaan van een autonome vergoedingsplicht die uit de contractuele aansprakelijkheid voortvloeit.[143] Hiermee krijgt de logica uit de artikelen 1382-1383 BW een jurisprudentiële evenknie in het contractenrecht. Dit sluit perfect aan bij de

136. MvT, p. 178-179 (versie 26 augustus 2018).
137. Zie hierover S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 246, nrs. 304 e.v.
138. MvT, p. 179 ("*situaties waar herstel in natura een samenwerking van de partijen vereist terwijl hun persoonlijke verhoudingen ernstig verstoord zijn en er dus totaal gebrek aan vertrouwen is*") (versie 26 augustus 2018).
139. Voor een uitvoerige schets van toepassingen met voorbeelden: S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 245-840, nrs. 301-973.
140. Dat is bijvoorbeeld het geval voor de erkenning van de buitengerechtelijke ontbinding op kennisgeving in het arrest van 23 mei 2019, *TBBR* 2019, 475, met noot S. STIJNS en S. JANSEN (zie p. 487, nr. 20). Zie voor andere voorbeelden: S. STIJNS, "Het aankomend verbintenissenrecht in de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie", *TBBR* 2018, 415 e.v.
141. Anders dan het geannoteerde arrest, betreffen dit arresten waarin het onderscheid met uitvoering in natura wordt gemaakt (*supra* nr. 5).
142. In andere recente arresten gebeurt dit wel nog, zie bv. Cass. 10 november 2017, C.15.0318.F, *JLMB* 2019, 201, *RW* 2018-2019, 786 en *TBH* 2018, 97.
143. Gelijkaardige geformuleerd in dezelfde zin, zie Cass. 7 juni 2019, C.18.0473.N, www.juridat.be. Recentelijk ook al (maar minder expliciet), o.m. Cass. 1 maart 2012, C.10.0425.N, *Arr.Cass.* 2012, 489, *Pas.* 2012, 463, *For.ass.* 2013, 14, noot P. KNAEPEN, *JT* 2012, 462, noot J. VAN DROGHENBROECK, *RABG* 2012, 748, noot J. VAN DONINCK en *RW* 2013-2014, 19, noot; Cass. 24 april 2014, C.13.0328.N, *Arr.Cass.* 2014, 1009, *RGAR* 2015, nr. 15.141 en *TBO* 2014, 320.

eleerdheidBibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

in artikelen 5.89 en 5.311 wetsvoorstel voorgeschreven vergoedingsplicht.

31. Derde vaststelling: geen grotere last dan vergoeding van positief belang – Over de voorwaarden waaronder herstel in natura mogelijk is, oordeelt het Hof van Cassatie binnen het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht klassiek dat het slachtoffer van een onrechtmatige daad herstel in natura kan eisen *"indien dit mogelijk is en geen misbruik van recht oplevert"*.[144] Deze nogal evidente rechtspraak voegt weinig toe. Deze voorwaarden zijn immers eigen aan het juridisch regime van elke juridische sanctie.

In het geannoteerde arrest doet het Hof van Cassatie een interessantere uitspraak over het juridisch regime van herstel in natura. Zoals in zijn rechtspraak over schadevergoeding wegens wanprestatie, bevestigt het Hof van Cassatie dat de omvang van herstel in natura op het positief belang wordt afgestemd: of zij nu ingevuld wordt met schadevergoeding of herstel in natura, de vergoedingsplicht wegens wanprestatie strekt ertoe de schuldeiser zo goed als mogelijk in de hypothetische toestand te plaatsen waarin deze zich bij contractnakoming zou hebben bevonden. Zoals schadevergoeding mag herstel in natura enkel dit positief belang vergoeden, niets minder maar ook niets meer. Treffend preciseert het geannoteerde arrest dat het herstel in natura aan de schuldenaar daarom geen grotere last mag opleggen. Dit bevestigt de kwantitatieve equivalentievoorwaarde tussen de contractuele schade en het opgelegde herstel in natura (*supra* nr. 25).

Het is precies op basis van deze kwantitatieve equivalentievoorwaarde dat het Hof van Cassatie de bestreden beslissing vernietigt. *In casu* betrof de wanprestatie de miskenning van een contractuele informatie- en waarschuwingsplicht, die het hof van beroep te Brussel had gesanctioneerd door herstel in natura, meer bepaald door de terugbetaling van de retroactief gefactureerde injectietarieven (*supra* nr. 4). Nochtans, ook wanneer Electrabel het tuinbouwbedrijf over de hangende procedure voor het Grondwettelijk Hof had ingelicht en op de mogelijke gevolgen van de retroactieve vernietiging van de vrijstelling van injectietarieven had gewezen, had het tuinbouwbedrijf deze injectietarieven finaal moeten betalen. De nakoming door Electrabel van zijn informatie- en waarschuwingsplicht had er enkel toe geleid dat het tuinbouwbedrijf zich bewust was van het feit dat het met terugwerkende kracht potentieel niet meer van de vrijstelling zou kunnen genieten, derwijze dat de injectietarieven potentieel retroactief konden worden gefactureerd. De nakoming van de informatie- en waarschuwingsplicht had het tuinbouwbedrijf dus enkel de kans geboden om op deze potentiële facturatie te anticiperen, bijvoorbeeld door hiervoor een som te reserveren. De invulling die de appelrechters aan het toegekende herstel in natura geven, namelijk door het tuinbouwbedrijf *de facto* vrij te stellen van de betaling van de retroactief gefactureerde injectietarieven, plaatst het tuinbouwbedrijf dus in een veel betere toestand dan de toestand waarin het zich bevonden zou hebben wanneer Electrabel zijn informatie- en waarschuwingsplicht wel was nagekomen. Anders gezegd, dit herstel in natura gaat verder dan de vergoeding van het positief belang.

Hoe de schade wegens miskenning van deze informatie- en waarschuwingsplicht dan wel had moeten worden vergoed, is niet evident. Wellicht was een (beperkte) schadevergoeding hier op zijn plaats, misschien zelfs enkel ter vergoeding van het verlies van de kans om op de potentiële retroactieve facturatie te anticiperen.[145] Een andere piste die het tuinbouwbedrijf had kunnen proberen te bewandelen om *de facto* tot hetzelfde resultaat te komen als in de bestreden beslissing, is een beroep op het algemeen verbod op rechtsmisbruik. *In casu* oordeelden de appelrechters dat de handelswijze van Electrabel bij het tuinbouwbedrijf het legitieme vertrouwen, minstens de schijn had gewekt dat het geen injectietarieven meer moest betalen.[146] Vandaag wordt steeds vaker aanvaard dat de titularis van een recht rechtsmisbruik pleegt indien hij dit recht uitoefent op een wijze die objectief onverenigbaar is met zijn vroegere gedragingen, gedragingen die bij de ander legitieme of rechtmatige verwachtingen hebben gewekt.[147] Hoewel Electrabel op basis van de retroactieve vernietiging van de vrijstelling het decretale recht had om de injectietarieven te factureren, had het tuinbouwbedrijf kunnen proberen argumenteren dat de uitoefening van dit recht rechtsmisbruik opleverde, aangezien intussen het legitieme vertrouwen, minstens de schijn was gewekt dat deze tarieven definitief niet meer moesten worden betaald. De sanctie van dit rechtsmisbruik kan erin bestaan om Electrabel de uitoefening van dit decretale recht in de concrete omstandigheden te ontzeggen (*supra* nr. 17).

144. O.a. Cass. 10 september 1971, *Arr.Cass.* 1972, 31 en *Pas.* 1972, 28; Cass. 26 juni 1980, *Arr.Cass.* 1979-1980, 686, *JT* 1980, 707, *Pas.* 1980, 1341, concl. VELU, *RCJB* 1983, 173, noot F. DELPÉRÉE en *RW* 1980-1981, 1661, noot; Cass. 20 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 74, *Pas*. 1993, 67 en *JLMB* 1993, 635; Cass. 21 april 1994, *Arr.Cass*. 1994, 392 en *Pas*. 1994, 388; Cass. 5 mei 2011, gecit. in vn. 92; Cass. 15 maart 2017, gecit. in vn. 92; Cass. 3 april 2017, gecit. in vn. 92; Cass. 5 september 2018, gecit. in vn. 92.

145. Over het feit dat de miskenning van informatieverplichtingen vaak aanleiding geeft tot schadevergoeding wegens verlies van een kans, zie A. DE BOECK, *Informatierechten- en plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten,* Antwerpen, Intersentia, 2002, 489, nr. 1156 *jo.* p. 503, nrs. 1169 e.v.

146. Overw. 51 van het bestreden arrest.

147. Bv. Antwerpen 12 januari 2011, *P&B* 2011, 220; Luik (14e k.) 27 juni 2013, *TBBR* 2014, 184; Gent 8 oktober 2014, *NJW* 2015, 919, noot P. BRULEZ (genuanceerd). Zie o.m. S. STIJNS en I. SAMOY, "La confiance légitime en droit des obligations" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen,* Brugge, die Keure, 2007, (47) nrs. 22 en 83; 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) nr. 36; P. WÉRY, *o.c.* vn. 55, I, 138, nr. 114; A. DE BOECK en F. VERMANDER, *o.c.* vn. 80, 43, nr. 17; W. BUELENS, "Uitvoering te goeder trouw" in B. WEYTS en Th. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek verbintenissenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2019, 330, nr. 472.

Universiteitsbibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

32. Vierde vaststelling: herstel in natura door non-pecuniair equivalent? – Nu het Hof van Cassatie de mogelijkheid tot herstel in natura van contractuele schade erkent, zal het zich in de toekomst ook moeten buigen over mogelijke toepassingen ervan. De (vermeende) toepassing die aan het geannoteerde arrest ten grondslag ligt, is naar haar vorm alvast atypisch. *In casu* bestond het herstel in natura immers uit de terug*betaling* van de injectietarieven. Over de vraag of herstel in natura de vorm kan aannemen van de betaling van een geldsom is de rechtsleer echter verdeeld. Zoals in het wetsvoorstel[148], wordt herstel in natura doorgaans diametraal tegenover schadevergoeding geplaatst als een 'non-pecuniair' equivalent.[149] Auteurs hebben zich dan ook tegen een pecuniaire invulling van herstel in natura verzet.[150]

Volgens een ander deel van de rechtsleer is deze strekking juist, maar uitzonderlijk te absoluut. Raar maar waar: ook de betaling van een geldsom zou een vorm van herstel in natura kunnen uitmaken.[151] Het onderscheid tussen herstel in natura en schadevergoeding blijkt inderdaad fundamenteler. Schade doet zich namelijk altijd voor aan 'iets', aan een vermogensbestanddeel. Het kan zich voordoen aan 'het zijn' (ontologische orde) en/of aan 'de waarde' (axiologische orde).[152] Schade aan een vermogensbestanddeel bestaat namelijk niet alleen uit de materiële, feitelijke wijzigingen eraan (*zijns*schade), maar ook uit de aantasting van de waarde door deze materiële wijzigingen (*waarde*verlies). Aan deze tweedeling van schadelijdende 'orden', beantwoorden twee verschillende schadeloosstellingsvormen: herstel in natura remedieert de *zijns*schade, terwijl schadevergoeding de *zijns*schade laat voortbestaan maar het *waarde*verlies compenseert. Herstel in natura beschermt dan de concrete samenstelling van het vermogen door er materiële wijzigingen in aan te brengen, terwijl schadevergoeding slechts het totaalsaldo ervan beschermt. In die zin kan herstel in natura de vorm aannemen van de betaling van een geldsom, met name wanneer die geldsom er niet toe strekt het *waarde*verlies te compenseren, maar wel de *zijns*schade herstelt. In dat geval is de betaling van een geldsom juridisch gezien van een andere orde dan de betaling van een geldsom bij wijze van schadevergoeding. Anders dan het wetsvoorstel tot invoeging van boek 5, aanvaardt ook het voorontwerp tot hervorming van ons buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht dat de betaling van een geldsom herstel in natura kan uitmaken.[153]

In het geannoteerde arrest doet het Hof van Cassatie geen uitspraak over deze vraag.[154] Hoewel het *in casu* maar zeer te betwijfelen is of de veroordeling van de appelrechters tot terugbetaling van de injectietarieven als een vorm van herstel in natura kan worden aanzien, lijkt het Hof van Cassatie er wel impliciet vanuit te gaan dat herstel in natura de vorm kan aannemen van een geldsom. Dit verrast niet. In het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht heeft het Hof van Cassatie dit al aanvaard. Het betreft het herstel in natura door betaling van sociale bijdragen aan de bevoegde instellingen wanneer een werknemer door de fout van zijn werkgever schade lijdt in de sociale zekerheid.[155] Voor de werknemer biedt dit geen financiële compensatie voor de schade die hij in de sociale zekerheid lijdt (vergoeding *waarde*verlies), maar herstelt dit deze schade in natura (remediëring *zijns*schade).[156] Feitenrechtspraak past deze cassatierechtspraak inmiddels analoog toe op contractuele schade.[157] Het geannoteerde cassatiearrest dat zich over herstel in natura van contractuele schade uitspreekt, lijkt impliciet in dezelfde richting te gaan.

10. Besluit

33. Herstel in natura is niet te verwarren met uitvoering in natura. Anders dan uitvoering in natura verschaft het een andere dan de initieel beloofde prestatie, die ertoe strekt de schade wegens wanprestatie te vergoeden. In vergelijking met schadevergoeding is herstel in natura een alternatieve vorm van schadeloosstelling. Binnen ons contractenrecht bleef de toepassing van herstel in natura echter lang controversieel. Haar aanvaarding verliep moeizaam en heeft een grote aanloop gekend. Met het geannoteerde arrest is dit aanvaardingsproces thans tot een sluitstuk gekomen. Dat maakt talloze toepassingen mogelijk. Elders hebben wij deze al in kaart gebracht.[158] Daarom is dit arrest niet alleen een sluitstuk, maar tegelijk slechts een beginpunt. Het is nu uitkijken naar de rechtspraak die dit principsarrest aangrijpt om, binnen de krijtlijnen die partijen daarvoor in hun conclusies bepalen, de contouren van herstel in natura verder vorm te geven en de vergoeding van schade wegens wanprestatie minder rigide en creatiever in te vullen, voor de gevallen waarin dit meer op de aard van de schade en/of de behoeften van (een van de) partijen is afgestemd. Want *"hinsichtlich des möglichen Inhalts*

148. *Parl.St.* Kamer, buitengewone zitting, 2019, nr. 55-174/001, p. 89.
149. O.a. R.O. DALCQ, *o.c.* vn. 58, (68) 77; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, *o.c.* vn. 43, *JT* 1996, (689) 729, nr. 115; P. WÉRY, *o.c.* vn. 36, 142 e.v.
150. Met name P. WÉRY, zie van deze auteur *o.c.* vn. 55, I, 565 e.v.; *o.c.* vn. 94, *TBBR* 2012, (249) 255; *o.c.* vn. 61, 2015, (59) 75, nr. 15; *o.c.* vn. 94, *RCJB* 2015, (66) 96-97, vn. 169; *o.c.* vn. 94, II, 100-101, nr. 96, vn. 54; *o.c.* vn. 94, *JLMB* 2018, (1893) 1896, nrs. 5 e.v.
151. J.-Fr. GERMAIN, *o.c.* vn. 57, (107) 124; S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 59-63, nrs. 74-80.
152. Zie ook E. DIRIX, *Het begrip schade,* Brussel, Kluwer, 1984, 17, nrs. 5 en 27; J. VIAENE, *Evaluatie van de gezondheidsschade* in *Schade aan de mens,* III, Antwerpen, Kluwer, 1976, 393-396.
153. MvT, p. 176-177 (versie 26 augustus 2018).
154. Het enig aangevoerde middel nodigde het Hof daartoe dan ook niet uit.
155. Zie bv. Cass. 22 januari 2007, S.04.0088.N en S.05.0095.N, *Arr.Cass.* 2007, 150, *JTT* 2007, 481, noot F. LAGASSE en M. PALUMBO, *Pas.* 2007, 128, *RCJB* 2008, 168, noot F. KÉFER en *Soc.Kron.* 2008, 443; Cass. 3 april 2017, gecit. in vn. 92.
156. Hierover uitvoeriger vanuit burgerrechtelijk perspectief, zie S. DE REY, *o.c.* vn. 2, 485, nrs. 576 e.v. Vanuit sociaalrechtelijk perspectief komt hierop kritiek, zie D. DION en Y. STEVENS, "Herstel in natura in het sociale zekerheidsrecht: een (on)gewenst exoot?" (noot onder Cass. 3 april 2017), *RW* 2017-2018, 1414 e.v.
157. Arbh. Brussel (5e k.) 18 mei 2015, *TBBR* 2016, 256, noot S. DE REY; Arbh. (5e k.) 16 november 2015, *JTT* 2016, 102; Arbh. (3e k.) Brussel 2 juli 2019, AR 2018/AB/307, onuitg.
158. Zie de verwijzingen in vn. 139.

Rechtsgeleerdheidbibliotheek Maatwerkcontract Download date: 12-03-2020

der Naturalrestitution sind der Phantasie kaum Grenzen gesetzt".[159]

Dr. Sébastien DE REY
Affiliated Senior Researcher, Centrum voor Rechtsmethodiek, KU Leuven
Postdoctoral Fellow, Centre for Chinese and Comparative Law, City University of Hong Kong

Cour de cassation, 18 novembre 2019

RG : C.18.0510.F

3e chambre
Siège. : B. Deconinck (président), C. Storck, A. Smetryns, K. Mestdagh et M. Delange (présidents de section), M. Lemal, K. Moens, A. Jacquemin et M. Marchandise (conseillers)
Ministère public : J.-M. Genicot
Plaid. : Mes M. Grégoire, B. Maes
En cause de : J.S., J.D.R./BEOBANK SA

Pourvoi en cassation – Délai de forclusion – Ordre public – Huissier de justice – Monopole légal – Faute ou négligence – Force majeure – (Ir)recevabilité

Cassatievoorziening – Vervaltermijn – Openbare orde – Gerechtsdeurwaarder – Wettelijk monopolie – Fout of nalatigheid – Overmacht – (On)ontvankelijkheid

Le délai pour se pourvoir en cassation est un délai de forclusion d'ordre public, de sorte que le pourvoi en cassation introduit après l'expiration de ce délai n'est pas recevable, à moins que le retard ne résulte d'une circonstance indépendante de la volonté du demandeur qu'il ne pouvait ni prévoir ni conjurer.

Le monopole que la loi octroie aux huissiers de justice, ainsi que les restrictions dans le choix de l'huissier instrumentant découlant des règles de compétence territoriale impliquent toutefois que la faute ou la négligence de cet officier ministériel peut être considérée comme un cas de force majeure pour le donneur d'ordre à l'égard de tiers. Par conséquent, le délai légal pour introduire un pourvoi en cassation peut être prolongé de la durée pendant laquelle il était absolument impossible pour le demandeur d'introduire ce pourvoi.

De termijn om zich in cassatie te voorzien is een vervaltermijn van openbare orde, zodat het cassatieberoep dat na het verstrijken ervan is ingesteld, niet ontvankelijk is tenzij de vertraging voortvloeit uit een omstandigheid buiten de wil van de eiser om en hij die noch kon voorzien noch kon afwenden.

Het monopolie dat de wet aan de gerechtsdeurwaarders toekent, alsook de beperkingen in de keuze van de instrumenterende deurwaarder die voortvloeien uit de territoriale bevoegdheidsregels, houden echter in dat de fout of de nalatigheid van die ministeriële ambtenaar voor de opdrachtgever tegenover derden als overmacht kan worden beschouwd. Hierdoor kan de wettelijke termijn om cassatieberoep in te stellen worden verlengd met de tijdsduur waarin het voor de eiser volstrekt onmogelijk was om dit beroep in te stellen.

(…)

II. La décision de la Cour

Sur la fin de non-recevoir opposée au pourvoi par la défenderesse et déduite de sa tardiveté

Aux termes de l'article 1073, alinéa 1er, du Code judiciaire, hormis les cas où la loi établit un délai plus court, le délai pour introduire le pourvoi en cassation est de trois mois à partir du jour de la signification de la décision attaquée ou de la notification de celle-ci faite conformément à l'article 792, alinéas 2 et 3.
Il s'agit d'un délai de forclusion revêtant un caractère d'ordre public, de sorte que le pourvoi en cassation introduit après son expiration est irrecevable, à moins que le retard résulte d'une circonstance indépendante de la volonté du demandeur et que celui-ci n'a pu ni prévoir ni conjurer.
L'article 1079, alinéa 1er, du même code dispose que le pourvoi est introduit par la remise au greffe de la Cour de cassation d'une requête qui, le cas échéant, est préalablement signifiée à la partie contre laquelle le pourvoi est dirigé.
La partie qui entend introduire un pourvoi en cassation doit, dès lors, avant de remettre la requête au greffe de la Cour, mandater un huissier de justice compétent à l'effet de dresser l'exploit et de le signifier aux parties contre lesquelles ce recours est dirigé.
Les exigences de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatives au droit d'accès à un tribunal, le monopole que l'article 519, § 1er du Code judiciaire réserve aux huissiers de justice, ainsi que les limites résultant, quant au choix de l'huissier, des règles de compétence territoriale prévues à l'article 516 du même code, impliquent que la faute ou la négligence de cet officier ministériel puisse constituer un cas de force majeure prorogeant le délai légal pour introduire le pourvoi du temps durant lequel la partie demanderesse s'est trouvée dans l'impossibilité absolue de former ce recours.
Il ressort de la pièce jointe au mémoire en réponse que l'arrêt a été signifié aux demandeurs, en leur domicile élu chez leur conseil, avocat au barreau de Bruxelles, le 27 juillet 2018, de sorte que le jour de l'échéance du délai pour introduire le pourvoi, étant le samedi 27 octobre 2018, a été, conformément à l'article 53, alinéa 2, du Code judiciaire, reporté au lundi 29 octobre 2018.
La requête en cassation, signifiée le 31 octobre 2018, a été remise au greffe de la Cour le même jour, soit en dehors de ce délai.
Les demandeurs font valoir qu'ils ont remis l'original de la requête en cassation à l'huissier de justice instrumentant par porteur le 25 octobre 2018 en attirant son attention sur ce que le délai expirait le 27 et en joignant à leur envoi l'exploit de la signification de la décision attaquée, et soutiennent que la faute ou la négligence de cet officier

159. G. SCHIEMANN, *Staudingers Kommentar*, § 249 BGB, Berlijn, de Gruyter, 2017, nr. 189.